STRAFE UND MASSNAHME IM DISZIPLINARRECHT

Ein Beitrag zur Neuorientierung
des Beamtendisziplinarrechts
unter besonderer Berücksichtigung des Problems
der Doppelbestrafung

Herbert Behnke

1972

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546016_0020

Dissertationsdruck · W. Blasaditsch · 89 Augsburg · Theodor-Heuss-Pl. 3

STRAFE UND MASSNAHME IM DISZIPLINARRECHT

Ein Beitrag zur Neuorientierung des Beamtendisziplinarrechts unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Doppelbestrafung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Herbert Behnke

München 1972

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Wissenschaftlicher Rat und
Prof.Dr. Heinrich SCHOLLER

Korreferent: Prof.Dr. Hans F. ZACHER

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Februar 1972

MEINER MUTTER

V O R W O R T

Die vorliegende Arbeit geht zurück auf eine Anregung meines verehrten Doktorvaters, Herrn Wiss.Rat und Prof.Dr. Heinrich Scholler, der als Berichterstatter in einem Gutachten zum Entwurf einer Bayer. Disziplinarordnung mit Begründung: Entwurf einer Bekanntmachung Az: P 1060/2 A 70 095 (Bayer. Staatsministerium der Finanzen) Stellung genommen hat (Regierung von Oberbayern - Nr. I/1-344/1).

Je länger ich mich mit dem Rechtsgebiet des Beamtendisziplinarrechts beschäftigte, desto mehr rückte das Zentralproblem des Verhältnisses von Strafe und Maßnahme in den Vordergrund meiner Betrachtungen und ich gelangte zu dem Schluß, daß eine Entkriminalisierung des Disziplinarrechts, um die es bei der Reform des Rechtsgebietes im wesentlichen geht, mit einer bloßen Zweckbereinigung nicht zu erzielen ist. Als Lösungsweg bot sich mir die Vindizierung der Rechtsfolgenkategorie der Strafe im weiteren Sinne im Disziplinarrecht sowie des Frziehungsgedankens durch Finführung der Kategorie der Regelungsmaßnahme und des Dienstordnungsgedankens an. Hierbei sollte das, was der Gesetzgeber im Neuordnungsgesetz des Jahres 1967 nur nominell eingeführt hat, einen dogmatischen Unterbau erhalten. Daß die Disziplinarrechtsreform noch nicht abgeschlossen ist, berechtigt zur Hoffnung eines nochmaligen Durchdenkens der dogmatischen Grundlagen des Disziplinarrechts durch den Gesetzgeber im Rahmen der Diskussion um die Reform des Beamtenrechts.

Die Arbeit war bereits Weihnachten 1970 fertiggestellt. Die danach erschienene Literatur und Rechtsprechung konnte nur noch zum Teil in den Anmerkungen verarbeitet werden. Besonders hingewiesen sei auf die Dissertation von Hans-Dietrich Weiß: Das Dienstvergehen der Beamten - Kritik und Neuvorschläge, jur.Diss. FU Berlin 1970, die z.T. einen ähnlichen

Lösungsweg einschlägt, wenn sie auch zu einem anderen Ergebnis gelangt, sowie auf die Münchener jur.Diss. von Jörg Jung: Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes - Eine Untersuchung über die Veränderungen der Personalstruktur im öffentlichen Dienst und die Verankerung des Berufsbeamtentums im Grundgesetz, Duncker & Humblot, Berlin 1971 (Schriften zum Öffentlichen Recht 138).

Ganz besonders möchte ich dem Erstberichterstatter, meinem Doktorvater, Herrn Wiss.Rat und Prof.Dr. Heinrich Scholler, den ich sehr verehre, für seine verständnisvolle Unterstützung und die vielen Anregungen sowie die Zurverfügungstellung des o.a. Gutachtens danken.

München, im Mai 1972

Herbert Behnke

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

§ 1 Dienststrafrecht - Disziplinarrecht - Dienstordnungsrecht 1

I. Die Reform des Disziplinarrechts in der neueren Gesetzgebung und das Ziel der Arbeit 1

II. Das Problem und die Möglichkeiten seiner Lösung 7

a) Die Darstellung des Problems 7

b) Der Gang der Darstellung 13

III. Die Rechtfertigung des Disziplinarrechts 18

1. Kapitel
Die Entwicklung des Disziplinarrechts

§ 2 Die Anfänge disziplinarrechtlichen Denkens .. 22

I. Der Amtsträger in Rom 23

a) Die republikanischen Magistraturen .. 23

b) Die kaiserlichen Beamten 26

II. Gefolgschaft, Vasallität und Ministerialität 30

a) Die germanische Gefolgschaft 30

b) Das Vasallentum des Frühmittelalters 30

c) Die Ministerialen 32

§ 3 Die rechtsdogmatische Entwicklung 35

I. Das preußische Beamtendienststrafrecht . 35

a) Der königliche Bedienstete 35

Seite

b) Der Staatsdiener des aufgeklärten Absolutismus 37

c) Das preußische Allgemeine Landrecht .. 37

II. Die beginnende Entkriminalisierung des Disziplinarrechts 39

a) Das Schrifttum 39

b) Die Gesetzgebung 40

III. Deutungsversuche eines eigenständigen Disziplinarrechts 41

a) Die Theorie vom Spezialstrafrecht für Beamte 41

b) Die staatsrechtliche Theorie 42

c) Vermittelnde Theorien 44

IV. Die neuere Gesetzgebung 45

2. Kapitel
Zur Auslegung von Art. 103 Abs. III GG

§ 4 Die grundsätzliche Geltung des Prinzips "ne bis in idem" im Verhältnis von Disziplinar- und Strafrecht 48

I. Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. III GG 49

a) Der Wortlaut 49

b) Die Entstehungsgeschichte 50

c) Die Geltung des Grundsatzes innerhalb des Disziplinarrechts 51

II. Die Theorie von der systeminternen Geltung des Art. 103 Abs. III GG 53

a) Herrschende Meinung und Rechtsprechung 53

b) Strafe und Maßnahme im Disziplinarrecht 55

c) Die Systembildung im allgemeinen 56

Seite

§ 5 Der Tatbestand des Art. 103 Abs. III GG im einzelnen 60

I. Derselbe Täter 60

a) Die verschiedenen Täterkreise 60

b) Der Beamte als "duplex persona" 61

II. Die Identität der Tat 63

a) Die Einheit des historischen Vorgangs 63

b) Einheit des Dienstvergehens und Gesamtverhalten 64

III. Das rechtskräftige Urteil 67

a) Art. 103 Abs. III GG als Verfahrenshindernis 67

b) Die korrigierende Interpretation des Art. 103 Abs. III GG 68

3. Kapitel
Grundlagen des Disziplinarrechts

§ 6 Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand 71

I. Die Rechtsgrundlage zur Verhängung von Disziplinarmaßnahmen 71

a) Die gesetzlichen Vorschriften 71

b) Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz 72

c) Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit ... 75

II. Systematisierung möglicher Dienstpflichtverletzungen 79

a) Die vorherrschende Unterscheidung 79

b) Einteilung der Dienstvergehen nach ihrem materiellen Unrechtsgehalt 80

c) Eine mögliche Einteilung mit Dienstbezogenheit 81

d) Das Gemeinsame aller Dienstvergehen .. 82

Seite

§ 7 Das besondere Gewaltverhältnis als institutionelle Rechtsgrundlage des Disziplinarrechts 87

I. Die Dogmatik des besonderen Gewaltverhältnisses 88

a) Historische Entwicklung 88

b) Der heutige Streitstand 91

II. Besonderes Gewaltverhältnis und Dienststrafgewalt 99

a) Strafe und Gewaltunterworfenheit 99

b) Strafe und Übermaß 106

c) Die Strafe im Rechtssystem 113

§ 8 Der Berufsbeamte in der heutigen Gesellschaft 116

I. Die überkommene Auffassung vom Berufsbeamten 116

a) Der Beamte als geistiges und sittliches Vorbild 117

b) Der Beamte als Repräsentant des Staates 120

II. Soziologische Strukturveränderungen im öffentlichen Dienst 126

a) Der Funktionsvorbehalt zugunsten des Berufsbeamtentums 127

b) Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums 129

c) Das Disziplinarrecht 133

4. Kapitel
Der Begriff des Disziplinarrechts und seine verfassungsrechtliche Absicherung

§ 9 Abgrenzung des Disziplinarrechts von anderen Rechtsgebieten 136

I. Disziplinarrecht und Strafrecht 136

Seite

a) Die Tatbestandsseite 136

b) Kriminal- und Disziplinarstrafe als Unrechtsfolge 146

II. Disziplinarrecht und Verwaltungsunrecht 153

a) Gemeinsamkeiten 153

b) Divergenzen 158

III. Disziplinarrecht und Betriebsjustiz 159

IV. Die Definition des Disziplinarrechts 160

§ 10 Rechtliche Konsequenzen der dargestellten Reformauffassung 161

I. Kategorisierung und Systematisierung möglicher Disziplinarmaßnahmen 161

a) Der Disziplinarmaßnahmenkatalog 162

b) Die Systematik der Disziplinarmaßnahmen 168

II. Weitere Konsequenzen der hier vertretenen Reformauffassung 172

a) Verfahrensrechtliche Folgerungen 172

b) Das Opportunitätsprinzip 175

III. Die Vereinbarkeit der streng verwaltungsrechtlichen Theorie mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums 179

§ 11 Das Problem der Doppelbestrafung unter anderen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten 182

I. Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz 182

a) "Ne bis in idem" und allgemeiner Gleichheitsgrundsatz 183

b) Gleichheit "vor dem Gesetz" 185

c) Verstoß gegen die Chancengleichheit .. 187

Seite

II. Das Rechtsstaatsprinzip 192

a) Konkurrenz mit Art. 103 Abs. III GG . 192

b) Sachliche Vereinbarkeit der Doppelbestrafung mit dem Rechtsstaatsprinzip 193

III. Disziplinarbestrafung und Richtervorbehalt 202

a) Negative und funktionale Abgrenzungskriterien 202

b) Der materielle Rechtsprechungsbegriff 203

c) Der materiell-funktionelle Rechtsprechungsbegriff 205

d) Der organisatorische Rechtsprechungsbegriff 205

Thesen 207

Literaturverzeichnis 214

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
a.F.	alte Folge
allg.	allgemein(e)
Alt.	Alternative
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
arg.	argumentum
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BayBG	Bayerisches Beamtengesetz
BayBZ	Bayerische Beamtenzeitung
BayDO	Bayerische Disziplinarordnung
BayDStH	Bayerischer Dienststrafhof
BayGS	Bayerische Gesetzessammlung
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVSO	Bayerische Volksschulordnung
BB	Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BDHE	Entscheidungen des Vundesdisziplinarhofs
BDO	Bundesdisziplinarordnung
Begr.	Begründung
BerS.	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts

Bes.T.	Besonderer Teil
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BG	Beamtengesetz (in Verbindung mit dem betreffenden Land)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJahrb.	Beamten-Jahrbuch
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BlStSozArbR	Blätter für Staats-, Sozial- und Arbeitsrecht
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Breg.	Bundesregierung
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestagdrucksache
BV	Bayerische Verfassung
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c.	caput (lat.) = Kapitel
D.	Digesten
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Verhandlungen des Deutschen Juristentages
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Diss.	Dissertation
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DOG	Disziplinarordnungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 20.3.1950
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStH	Dienststrafhof
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt

..	Entwurf
ebd.	ebenda
ebs.	ebenso
EheGes.	Ehegesetz
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
ff.	folgenden
FamRZ.	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
Festschr.	Festschrift
Fußn.	Fußnote
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GerS.	Der Gerichtssaal
GVBl.	Gesetzes- und Verordnungsblatt
GV NW.	Gesetzes- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen
Hdb.	Handbuch
h.L.	herrschende Lehre
Hlbbd.	Halbband
Hlbs.	Halbsatz
h.M.	herrschende Meinung
i.	in
insbes.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
Jhd.	Jahrhundert
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JurJb.	Juristen-Jahrbuch
JVBl.	Justizverwaltungsblatt
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KMR	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG und OWiG, begründet von Kleinknecht-Müller-Reitberger, bearbeitet von Müller-Sax

Kom.	Kommentar
KüSchG.	Kündigungsschutzgesetz
LB	Lehrbuch
Leits.	Leitsatz
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRVO	Verordnung der Militärregierung
NeuOG	Gesetz zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts
n.F.	neue Fassung
n.F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrDiszH	Preußischer Disziplinarhof
PrDStH	Preußischer Dienststrafhof
PrGS	Preußische Gesetzessammlung
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrVBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr.	Randnummer
RDiszH	Reichsdisziplinarhof
RDStH	Reichsdienststrafhof
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	Recht im Amt
Rspr.	Rechtsprechung
RVBl.	Reichsverwaltungsblatt
s.	siehe
s.a.	so (siehe) auch
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	sogenannt (e, er)
StGB	Strafgesetzbuch

StPO	Strafprozeßordnung
str.	strittig
st.Rspr.	in ständiger Rechtsprechung
StudB.	Studienbuch
v.	vom
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZAuslIPR	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
z.T.	zum Teil
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zw.	zweifelhaft, zweifelnd

§ 1

Dienststrafrecht - Disziplinarrecht - Dienstordnungsrecht

I. Die Reform des Disziplinarrechts in der neueren Gesetzgebung und das Ziel der Arbeit

Der Bundesgesetzgeber[1] hat nach jahrelanger Diskussion um das "Ob" und das "Wie" einer Disziplinarrechtsreform auf dem Gebiet des Beamtenrechts, die inzwischen zu einer fast unüberschaubaren Literatur[2] angewachsen ist, am 20. Juli 1967 das Gesetz zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts[3] erlassen und damit die Disziplinarrechtsreform auf Bundesebene zu einem vorläufigen Abschluß gebracht. Auf Grund des Art. IV des NeuOG ist die Bundesdisziplinarordnung vom 28. November 1952,[4] zuletzt geändert durch das 3. Gesetz zur Änderung beamten- und besoldungsrechtlicher Vorschriften vom 31. August 1965,[5] unter Berücksichtigung der in Art. I NeuOG enthaltenen Änderungen am 20. Juli 1967 in neuer Fassung im Bundesgesetzblatt[6] veröffentlicht worden.

---

1) Die Länder haben auf dem Gebiet des Beamtendisziplinarrechts nach dem 2. Weltkrieg eigene Gesetze erlassen, die auf den Grundprinzipien der Reichsdienststrafordnung und dem Änderungsgesetz vom 28.11.1952 (BGBl. I, S. 749) aufbauen, so daß im wesentlichen die Rechtseinheit gewahrt ist; vgl. dazu die Zusammenstellung bei Lindgen, Hdb. des Disziplinarrechts, Bd. I, S. 14 ff. Auch in den Reformbestrebungen besteht Gleichklang; vgl. dazu die BayLO vom 23.3.1970 (GVBl. S. 73, ber. S. 128); Wenzel, BayBZ 69, 65 ff.; ders. i. Die Neue Polizei 69, 151 ff.

2) Vgl. die zusammenfassenden Darstellungen von Döring, ZBR 67, 228 ff.; Finger, DÖV 68, 33 ff.; Ostler, NJW 67, 2033 ff.; K. Behnke, ZBR 63, 257 ff.; Dickertmann, JR 67, 361 ff.; Lindgen, DVBl. 63, 10 ff.; ders. i. DÖD 66, 81 ff.; Lochbrunner, ZBR 63, 282 ff.; ders. i. DVBl. 65, 308 ff.; Dickertmann, ZBR 70, 51 ff.

3) BGBl. I, S. 725; gem. Art. VII des NeuOG seit 1.10.1967 in Kraft.

4) BGBl. I, S. 761.

5) BGBl. I, S. 1007.

6) BGBl. I, S. 751.

Leider hat der damalige Gesetzgeber eine grundlegende Reform noch nicht als notwendig erachtet.[7]

Das Disziplinarrecht[8] zerfällt in einen materiellrechtlichen und einen verfahrensrechtlichen Teil, deren strenge dogmatische Trennung in den einschlägigen Gesetzen bisher noch keinen systematischen Niederschlag gefunden hat, wie denn überhaupt das ganze Rechtsgebiet trotz einer nun schon über hundert Jahre währenden Entwicklung dogmatisch noch einer endgültigen Klärung bedarf.[9]

Das materielle Disziplinarrecht, worunter die Disziplinartatbestände im weiteren Sinne zu verstehen sind, die festlegen, welches Verhalten eines Beamten als Dienstpflichtverletzung zu werten und mit welcher Rechtsfolge es zu ahnden ist, wird im wesentlichen in den §§ 52 bis 77 BBG und § 45 Abs. I BRRG dargestellt. Aber auch die Bundesdisziplinarordnung als verfahrensrechtliches Gesetz enthält vereinzelt materiellrechtliche Vorschriften,[10] so z.B. in § 2, der den Kreis der disziplinarrechtlich verfolgbaren Hand-

---

7) Begründung zum Gesetzentwurf i. BT-Drucks. IV/3386, S. 26, Abschn. I2; vgl. demgegenüber u.a. Werner i. Festschr. zum 150-jährigen Bestehen des Carl-Heymann-Verlages, S. 114 und Finger, ZBR 66, 44 f.

8) Der Begriff wird weiterverwendet, weil er sich eingebürgert hat, während sich der Terminus Dienstordnungsrecht wegen Mehrdeutigkeit noch nicht durchzusetzen vermochte.

9) So resultieren die meisten der disziplinarrechtlichen Grundprobleme aus dieser in der geschichtlichen Entwicklung wurzelnden dogmatischen Unsicherheit; vgl. hierzu insbesondere K. Behnke i. ZBR 63, 257 ff. mit einer Fülle von Material. Seinen Ausführungen auf S. 258, a.a.O., wonach das Disziplinarrecht nunmehr dogmatisch eindeutig definiert werden könne, die sich freilich auf die h.L. stützt, vermag nicht zu überzeugen, wie noch auszuführen sein wird; hier wie Dürig i. Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 128 zu Art. 103 Abs. III GG; Baumann, JZ 64, 612 ff.; ders. i. JZ 67, 657 ff.; sowie alle Autoren, die das Problem der Doppelbestrafung noch nicht für gelöst halten (s.u. § 1 II a).

10) Lindgen, Hdb. des Disziplinarrechts, Bd. I, S. 2.

lungen nunmehr positiviert,[11] nachdem schon bisher anerkannt war, daß ein Beamter wegen jedes Dienstvergehens[12] verfolgt werden könnte.[13] Ist es noch streitig, ob die Verjährung von Dienstpflichtverletzungen in § 4 BDO den materiellrechtlichen Vorschriften des Disziplinarrechts zuzurechnen ist,[14] so kann dies für den Maßnahmenkatalog in den §§ 5 bis 14 BDO nicht zweifelhaft sein.[15]

Weitere materiellrechtliche Vorschriften sind im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs enthalten, wie zum Beispiel die Regelung der Verschuldensfähigkeit[16] in § 51 StGB. Auch die Verweisung in § 25 BDO auf die Strafprozeßordnung widerspricht dem Charakter des Disziplinarverfahrens, eines beamtenrechtlichen (verwaltungsrechtlichen) Verfahrens. In diesem Punkt treffen sich systematische und dogmatische Ungereimtheiten der Bundesdisziplinarordnung. Die enge Anlehnung des Disziplinarverfahrens an den Strafprozeß[17] zeigt,

---

11) Wodtke, Gesetz zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts, Anm. 1 zu § 2 BDO.

12) Die BDO spricht noch in Anlehnung an das Strafprozeßrecht in § 2 von der "Verfolgung" von "Dienstvergehen".

13) Vgl. Behnke, Kom. zur Bundesdisziplinarordnung, 1.Aufl. 1954, Anm. 2 zu § 2 Abs. I Nr. 1 BDO.

14) Nunmehr hat § 4 BDO durch seine Formulierung als Verfolgungsverbot gegenüber § 3 Abs. II BDO a.F. den prozessualen Charakter klargestellt; dazu Behnke, Anm. 3 zu § 4 BDO; vgl. demgegenüber noch Lindgen I, S. 2 und 278, obwohl auch heute noch Ermittlungen zur Aufklärung der Schwere der Dienstpflichtverletzung zulässig sind; hierzu Schweitzer, DÖD 68, 85. Es läßt sich daher die Meinung vertreten, daß § 3 Abs. II BDO a.F. entgegen dem Wortlaut ein Prozeßhindernis darstellte. Zur Frage der "Verjährung" im Disziplinarrecht s. Schütz, DÖD 63, 81 ff.; Steinbach, ZBR 64, 103 ff.; Lindgen, DÖV 68, 27 ff. und 41 ff.

15) Lindgen I, S. 2.

16) Lindgen, a.a.O.

17) Lindgen II, S. 1. Die wesentlichen Abweichungen betreffen das Offizialprinzip im nichtförmlichen Verfahren und das Opportunitätsprinzip in beiden Verfahrensarten; dazu Lindgen I, S. 25. Sie ergeben sich zwangsläufig aus der Entwicklung des Disziplinarverfahrens zu einem Verwaltungsverfahren.

daß das Disziplinarrecht seinen eigentlichen dogmatischen Standort im Verwaltungsrecht noch immer nicht gefunden hat.

Die weitere Darstellung beschränkt sich auf die Neuerungen von grundsätzlicher dogmatischer und verfassungsrechtlicher Bedeutung, wie sie schon seit längerer Zeit in der Literatur gefordert werden.

Das Neuordnungsgesetz vom 20. Juli 1967 steht unter dem Leitgedanken, das Disziplinarrecht zu liberalisieren und es an den demokratischen Rechtsstaat, den Art. 20 Abs. III GG statuiert und fordert, anzupassen.[18)]

Die wichtigsten Änderungen des bisherigen Disziplinarrechts auf materiellrechtlichem Gebiet betreffen den Disziplinarmaßnahmenkatalog nach den §§ 5 ff. BDO, in dem die sogenannten Zwischenstrafen der Versagung des Aufsteigens im Gehalt und der Einstufung in eine niedrigere Dienstaltersstufe ersatzlos beseitigt worden sind, weil sie wegen ihrer langen Dauer den Beamten unnötig hart treffen und auch nicht auf alle Beamten gleichmäßig angewandt werden können,[19)] sowie die Einschränkung der Disziplinartatbestände durch die Neufassung des § 14 BDO.

---

18) Vgl. die Stellungnahme des Innenausschusses i. BT-Drucks. IV/1693; über die 3. Lesung im BT s. BT-Drucks. der 110. Sitzung vom 12.5.1967, S. 5206 ff.

19) So Lochbrunner, ZBR 63, 283; Lindgen, DÖD 66, 82, der in den Laufbahnstrafen auch die Möglichkeit einer Doppelbestrafung sieht, weil sie durch ihre lange Dauer den Beamten überaus hart träfen und daher nicht mehr der Erziehung dienten; Lochbrunner, DVBl. 64, 245 ff.; ders. i. DVBl. 65, 311; Finger, ZBR 66, 138 ff., der allerdings differenziert; gegen Lochbrunner: Schütz, Disziplinarrecht, S. 201 und Lindgen, DVBl. 65, 312.

Zwischenstrafen nennt man die Disziplinarmaßnahmen, die zwischen der Gehaltskürzung und der Entfernung aus dem Dienst eingefügt worden sind; vgl. Finger, ZBR 66, 138.

Die §§ 45 Abs. I BRRG, 77 Abs. I BBG wurden lange Zeit in der Rechtsprechung[20] und Lehre im Zusammenhang mit § 54 S. 3 BBG und § 36 S. 3 BRRG so interpretiert, daß jeder Verstoß gegen Strafgesetze und Moralanschauungen in der Regel eine Dienstpflichtverletzung darstellte.[21] Erst in den letzten Jahren setzte sich in diesem Zusammenhang eine kritische Haltung durch.[22] § 14 2. Hlbs. BDO trägt nunmehr dem Zweck des Disziplinarrechts, dem Inbegriff der Normen, die auf die Durchsetzung der aus dem Beamtenverhältnis erwachsenen besonderen Rechtspflichten ausgerichtet sind, Rechnung, indem er bei der Frage nach einer Dienstpflichtverletzung auf die "Berufserforderlichkeit", der immanenten Grenze aller Beamtenpflichten,[23] abstellt und damit jedes zweckfreie ethische Postulat im Rahmen des Disziplinarrechts verwirft.

Zugleich soll die Neufassung des § 14 BDO der Vermeidung einer doppelten Bestrafung nach Strafrecht und Disziplinar-

---

20) Vgl. BDHE 1, 12, 55; 2, 60; 3, 160. Für diese Auffassung ist maßgebend die Ansicht, die das PrOVG grundlegend in PrOVGE 85, 451/454; 86, 452/55; 89, 414/416 dargelegt hat, daß nämlich der Beamte niemals Privatperson sei. Dieser Meinung ist der BDH in jüngerer Zeit nicht mehr gefolgt; s. BDH i. ZBR 66, 95. Beispielhaft für die früher h.M. ist die Behandlung des Ehebruchs als Dienstvergehen: vgl. PrOVGE 80, 427: OVG Münster i. ZBR 56, 322; BayDStH i. BDHE 3, 316; ebs. Brand, RLStO, S. 109; dagegen lassen es BDHF 1, 25; 3, 158: DStH Schl.-Holst. i. NJW 52, 39 f. auf die Umstände ankommen.

21) So noch Behnke, BDO, 1. Aufl. 1954, S. 118; anders i. 2. Aufl., S. 117; Lindgen I, S. 347 f., die allerdings auch bereits eine Würdigung nach den Umständen des Einzelfalles vornehmen. Deutlicher wenden sich gegen jede prima facie-Gleichstellung Arndt, DÖV 68, 41 f., der auf den Begriff der Evidenz als Korrektiv gegen eine Ausuferung des § 54 BBG abstellt; ders. i. DÖV 66, 810; Wiese, Verw.Arch. 65, 358; Dau, DVBl. 68, 68; Döring, ZBR 67, 228; Finger, DÖV 68, 36.

22) BDH i. NJW 66, 688 = ZBR 66, 95; BVerwG i. NJW 64, 1636.

23) Arndt, DÖV 68, 41.

recht durch Einbeziehung der dienstlichen Relevanz in den Begriff der Dienstpflichtverletzung dienen, um damit das Disziplinarrecht zu entkriminalisieren, und einer Forderung nachzukommen, die schon seit der Entstehung des Rechtsgebiets die Disziplinarrechtsliteratur beherrscht.[24)]

Das Problem der Doppelbestrafung einer Lösung näher zu bringen, ist ein Ziel dieser Arbeit. Ein anderes ergibt sich daraus, daß hierbei notwendigerweise auf andere Grundprobleme[25)] der Disziplinarrechtsreform eingegangen werden

---

24) Zum ersten Male wurde eine vollständige Trennung des Disziplinarrechts vom Strafrecht legislatorisch in den preußischen Verordnungen vom 10. u. 11.7.1849 (PrGS, S. 253 u. 271) durchgeführt, deren Regelung ihren Niederschlag dann in den preußischen Gesetzen vom 7.5.1851, betreffend die Dienstvergehen der Richter (PrGS, S. 218), und vom 21.7.1852, betreffend die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten (PrGS, S. 465) fanden; vgl. dazu K. Behnke, ZBR 63, 258; aus der Rechtsprechung richtungsweisend PrOVG v. 23.12.1912, PrOVGE 61, 439, 442; ferner PrOVGE 94, 245 f.; anders noch PrOVGE 22, 428, 445, wo noch aus der geschichtlichen Entwicklung heraus die Disziplinarvergehen als eine "Klasse von Amtsverbrechen" bezeichnet werden.

25) Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Mangels am besonderen Tatbestand im Disziplinarrecht kritisch Molitor, BayBZ 56, 169 ff.; Lochbrunner, DVBl. 65, 310; Thiele, DÖV 60, 21; ders. i. ZBR 58, 368; teilweise abw. Fees, ZBR 60, 45; Sellmann, DVBl. 57, 232 und Schulz-Koffka, ZBR 60, 47. Demgegenüber weist die h.L. auf die Eigenständigkeit des Disziplinarrechts und die Ausfüllung der Generalklauseln Verwaltungsvorschriften und die Respr. hin; s. Sellmann, ZBR 58, 127; Arndt, DÖV 68, 40; Dau, DVBl. 68, 66 f.; Reuß, Verw.Arch. Bd. 42, 388; ders. i. JR 59, 130 ff.; Kugler, ZBR 60, 35; Behnke, BDO, 1. Aufl.,S.91; 2. Aufl., S. 80 ff.; Hitzelberger, BayBZ 57, 135 ff.; Everling, DJ 37, 117; ders. i. RVBl. 34, 987; aus der Rspr. vgl. PrOVGE 66, 445; BayVerfGH v. 12.4.1951 i. GVBl. 51, S. 52.
Einzelne Tatbestände kennt das italienische "Statuto degli impiegati civili dello Stato, decreto del Presidente della Republica" v. 10.1.1957; vgl. dazu Malz, ZBR 60, 38.
Zur Geltung des Opportunitätsprinzips im Disziplinarrecht s. insbes. Dau, ZBR 66, 331 ff. und Lindgen, DVBl. 63, 10 ff. Konsequenzen ergeben sich auch hinsichtlich der angestrebten vollständigen Eingliederung der Disziplinarrechtsprechungsorgane in die Verwaltungsgerichts-
(Fortsetzung)

muß, die Voraussetzung und Konsequenz der Lösung dieser Frage darstellen. Somit ist die Arbeit als Beitrag zur dogmatischen Durchdringung des Disziplinarrechts im Hinblick auf eine grundlegende Reform dieses Rechtsgebietes gedacht. Der Tendenz des Gesetzgebers, das Disziplinarrecht zu entkriminalisieren, wird durch die Ersetzung der Begriffe "Disziplinarstrafe" und "Beschuldigter" durch die Bezeichnungen "Disziplinarmaßnahme" und "Beamter" in Art. I Nr. 1 d) und e) NeuOG Rechnung getragen. Ob allerdings die Begriffsvertauschung auch eine ausreichende materielle Änderung impliziert, erscheint zweifelhaft.

II. Das Problem und die Möglichkeiten seiner Lösung

a) Die Darstellung des Problems

Das Unbehagen am Disziplinarrecht, wie es in vielen Aufsätzen der letzten Jahre zum Ausdruck gekommen ist, richtet sich vor allem gegen das materielle Disziplinarrecht, speziell gegen die Anforderungen des Beamtenrechts an das

---

(Fortsetzung)

... -barkeit mit einem Dreiinstanzenzug wie in allen Beamtenrechtsstreitigkeiten nach §§ 172 BBG, 126, 127 BRRG; dazu Bender, DÖV 67, 181 ff.; Dickertmann, JR 67, 367; Finger, ZBR 66, 44 ff.; ders. i. DÖV 68, 37; Heinrich, DVBl. 68, 73 ff.; Sellmann, DVBl. 57, 227 ff. und Werner i. Festschr. zum 150-jährigen Bestehen des Carl-Heymann-Verlages, S. 125.

außerdienstliche Verhalten des Beamten.[26] Da vielfach[27] eine strafbare Handlung, und nach § 24 StGB[28] auch schwerwiegende Ordnungswidrigkeiten, zugleich eine Dienstpflichtverletzung darstellen können, wird der Beamte für dieselbe Tat sowohl strafrechtlich (oder nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz verwaltungsrechtlich), als auch disziplinarisch verfolgt.

Der Gesetzgeber trägt diesem Umstand in den §§ 14[29] und 18[30] BDO Rechnung, wobei er sich insbesondere bei der Schaffung des § 14 BDO von dem allgemeinen Unbehagen über die "mehrfache Bestrafung" des Beamten hat leiten lassen.[31]

---

26) Gegen allzu strenge Anforderungen an das außerdienstliche Verhalten des Beamten wendet sich zutreffend Dau, DVBl. 68, 71, der darauf hinweist, daß der Grund für den Moralverfall auch bei den Beamten ein soziologisches, kein rechtliches Problem sei, das seinen Grund in gesellschaftlichen Strukturveränderungen nach dem 2. Weltkrieg, neuen Legitimationsbegriffen staatlicher Ordnung und einer veränderten gesellschaftlichen Umwelt haben. Es sei auch nicht Aufgabe des Disziplinarrechts, einen Beamten in moralischer und ethischer Hinsicht zu einem Mustermenschen zu erziehen; vgl. auch schon BDH i. ZBR 59, 402; a.A. wohl Lindgen, ZBR 62, 138; wie hier auch BDH i. ZBR 57, 339; Presting, ZBR 57, 345 ff.; Bank, ZBR 58, 153; BDH i. NJW 66, 949 ff.; s.a. BVerfG i. NJW 67, 1651 ff.; Sellmann, ZBR 58, 124; Thiele, ZBR 58, 368; Scheerbarth, ZBR 66, 204; Seuermann, ZBR 65, 3; Schmitt-Lermann, ZBR 64, 129 und BDH i. ZBR 66, 129. Eine Einschränkung nach dem Gesichtspunkt der dienstlichen Notwendigkeit fordern Arndt, DÖV 68, 42; Döring, ZBR 67, 228; Finger, DÖV 68, 36 und Dau, DVBl. 68, 68.

27) S. Anm. 20 ff.

28) Vgl. Göhler, Kom. zum OWiG, S. 801 und Anm. 6B vor § 1 OWiG.

29) Eingefügt durch NeuOG; vgl. dazu Wodtke, Nr. 1 zu § 14 BDO.

30) In § 18 BDO sind nunmehr die Vorschriften der §§ 13 Abs. III und 14 S. 3 BDO a.F. zusammengefaßt.

31) § 14 BDO läßt die Tendenz des Gesetzgebers erkennen, eine "erzieherisch" sinnlose disziplinarische Ahndung nach einer strafgerichtlichen Verurteilung abzubauen, die vom Beamten nur als zusätzliches Übel empfunden wird; s. Wodtke, Nr. 1 zu § 14 BDO.

Ob die genannten Bestimmungen ausreichen, um das Problem zu lösen, wird angezweifelt. Zumindest muß man dem Gesetzgeber Inkonsequenz vorwerfen, wenn er an anderer Stelle[32] bemüht ist, den grundsätzlichen Unterschied zwischen Disziplinar- und Strafrecht hervorzuheben.[33] Offensichtlich ist aber der Gesetzgeber in § 14 1. Hlbs. BDO der Meinung, daß der Zweck des Verweises bereits durch die strafgerichtliche Verurteilung oder eine Geldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht erfüllt ist. Das Gemeinsame dieser verschiedenen rechtlichen Sanktionen ist für den Gesetzgeber der Erziehungsgedanke,[34] den allerdings, wie noch zu zeigen sein wird, die h.L. und die Rechtsprechung gerade zur Abgrenzung des Disziplinarrechts vom Strafrecht verwendet. Der Gesetzgeber will hier ungerechte Konsequenzen vermeiden, ohne das Dogma von der qualitativen Eigenständigkeit des Disziplinarrechts preisgeben zu wollen oder das gesamte Rechtsgebiet in einer "großen Reform" diesem Grundsatz anzupassen.[35]

Das Problem der Doppelbestrafung wird von der Rechtsprechung ständig im Anschluß an das Urteil des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 23. Dezember 1912[36] mit dem Hinweis auf den Wesensunterschied zwischen Disziplinar- und Strafrecht als nicht relevant abgetan,[37] der die lange Zeit ab-

---

32) Vgl. die Ersetzung der Bezeichnungen Disziplinarstrafe und Beschuldigter durch "Disziplinarmaßnahme" und "Beamter" in Art. I Nr. 1 lit. d) und e) NeuOG.

33) S.a. Wodtke, Nr. 1 zu § 14 BDO.

34) Das geht aus § 14 2. Hlbs., 1. Alt. BDO hervor: dazu Behnke, Anm. 1 und 22 ff. zu § 14 BDO.

35) Der Wirkung der Disziplinarmaßnahme als Mittel zur Erreichung eines bestimmten realen Zweckes wird hierbei zu wenig Beachtung geschenkt: wie hier auch Wiese, Verw.Arch. 65, 357 f.

36) PrOVGE 61, 439, 442.

37) Die Rspr. läßt den Grundsatz nur innerhalb des Disziplinarrechts selbst gelten: PrOVGE 61, 446; PrDiszH i. PrVBl. Bd. 46 (1923/24), S. 401; PrDStH i. JW 1934, 1695; RDStHE 2, 22, 24; RDiszH i. JW 22, 752; BDH i. RiA 62, 191; BDHE 2, 59, 79 f.; 4, 41, 44; 7, 190 ff.;
(Fortsetzung)

solut herrschende Lehre gefolgt ist.[38] Erst in neuerer Zeit bahnt sich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[39] eine Wende an. Leider würdigt das Bundesverfassungsgericht das Problem nur unter dem allgemeinen Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips,[40] nicht dagegen unter dem speziellen des Art. 103 Abs. III GG, um nicht die in ständiger Rechtsprechung vertretene restriktive Interpretation dieses Grundrechts aufgeben zu müssen.

(Fortsetzung)

... BDH i. DÖV 56, 761; BayVerfGH i. VGH n.F. 11 II 11, 18; BVerfGE 3, 58, 149; BVerfG i. NJW 67, 1651 ff. u. 1654 ff. Grundlegend BVerfGE 3, 248, 252 v. 18.12.1953; vgl.. ferner BVerfGE 9, 89, 96; 12, 62, 66 = NJW 61, 867 = MDR 61, 477 = JZ 61, 420; BGHSt 3, 13, 16; 6, 122, 123 f.; kritisch dazu u.a. Dürig i. Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 131 zu Art. 103 Abs. III GG; Leisner, JZ 64, 201 ff.; ders., Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, S. 286 f. und Hamann, Anm. 5 zu Art. 103 Abs. III GG, die sich gegen die Ansicht der Rspr. und h.L. wenden, Art. 103 Abs. III GG nehme Bezug auf den geltenden Stand des Prozeßrechts und habe daher keinen eigenen materiellen Gehalt.

38) So Schütz, Disziplinarrecht (Kom.) Rdnr. 29 in Teil C I; Lindgen I, S. 742; Plog-Wiedow, Fußnote 1 bei Rdnr. 2 zu § 77 BBG; v. Mangoldt-Klein, Anm. 4 zu Art. 103 Abs. III GG; Holtkotten i. BK, Anm. II 4 b) zu Art. 103 Abs. III GG; Behnke, BDO, 1. Aufl., S. 285; abs. i. 2. Aufl., S. 127; Schmidt-Bleibtreu, Rdnr. 11 zu Art. 103 GG; Faust, ZBR 67, 78; Eb. Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, Sonderveröffentlichung der ZAuslIPR 1950, S. 95; Kohlhaas i. Löwe-Rosenberg, Erl. 22 a) vor § 151 StPO.

39) BVerfGE 21, 378, 391 = NJW 67, 1651 ff., 1654 ff. mit Anm. Rupp, S. 1651 f.; BVerfGE 27, 180 = NJW 70, 507 ff. mit Anm. Kreuzer, S. 507 f.

40) So führt das BVerfG in der zuerst zitierten Entscheidung aus, es sei mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit nicht vereinbar, daß wegen derselben Tat eine strafgerichtliche Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ohne Berücksichtigung einer bereits verhängten disziplinaren Arreststrafe erfolge. Demgegenüber will die zuletzt ergangene Entscheidung dies nur gelten lassen, wenn der Strafrichter disziplinarische Belange bereits mit gewürdigt hat; andererseits erweitert sie bei Stimmengleichheit diesen Grundsatz auch auf die Geldbuße.

Der Anknüpfungspunkt der sich mit dem Problem kritisch auseinandersetzenden Gegenmeinung[41] im Schrifttum ist ein verschiedener. So erörtern THIEME,[42] LOCHBRUNNER[43] und RUPP[44] die Frage unter dem Gesichtswinkel des Gleichheitsgrundsatzes, während BAUMANN,[45] MAUNZ-DÜRIG-HERZOG,[46] WIESE,[47] MENGER-ERICHSEN[48] und LINDGEN[49] auf Art. 103 Abs. III GG abstellen.

---

41) Kritisch setzen sich mit dem Problem auseinander: Dürig i. Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 128 zu Art. 103 Abs. III GG; Wiese, Verw.Arch. 65, 203 ff.; Menger-Erichsen, Verw.Arch. 58, 65 ff.; Rupp, a.a.O.; Kreuzer, a.a.O.; Lochbrunner, DVBl. 65, 308 ff.; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, S. 71; Baumann, JZ 64, 612 ff.; ders., JZ 67, 657 ff.; ders., Strafrecht AT, S. 37; Schulz, MDR 68, 19 ff.; Hofmann, ZBR 68, 101 ff., der meint, § 14 BDO sei geeignet, eine Doppelbestrafung zu vermeiden; Wilhelm, ZBR 64, 327 ff.; Lindgen, BayBZ 67, 145 ff. und Menzel, DÖV 69, 520.

42) a.a.O.

43) ZBR 63, 285 f.;DVBl. 65, 311. Lochbrunner hält Art. 103 Abs. III GG allerdings mit der h.L. nicht für verletzt.

44) a.a.O.

45) Strafrecht AT, S. 37.

46) a.a.O. Dürig kommt das Verdienst zu, aufgezeigt zu haben, daß hier ein Grundproblem des Disziplinarrechts liegt.

47) a.a.O.

48) a.a.O., die aus dem Beschluß des BVerfG vom 2.5.1967, BVerfGE 21, 378 = NJW 67, 1651 = DVBl. 67, 724 folgern, daß eine Abgrenzung des Disziplinarrechts vom Strafrecht noch nicht geglückt sei. Erst recht wird dies durch BVerfG i. NJW 70, 507 ff. deutlich. Kreuzer wirft in seiner Anmerkung a.a.O. dem BVerfG mit Recht vor, daß der Strafrichter selten expressis verbis disziplinarrechtliche Belange würdigen wird, dies ist auch nicht seine eigentliche Aufgabe. Dem BVerfG ist jedoch nicht der Vorwurf zu machen, sondern dem Gesetzgeber, der mit der Schaffung des § 14 BDO dem BVerfG das Argument in die Hand gegeben hat. Mit dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dürfte die neuere Rechtsprechung des BVerwG über die Aussetzung der Vollziehung einer zusätzlich verhängten Arreststrafe nicht mehr übereinstimmen; denn durch die zusätzliche Arreststrafe bringt das Disziplinargericht zum Ausdruck, daß eine Doppelbestrafung nicht in Frage steht (vgl. BVerwG i. NJW 70, 72 ff.).

49) a.a.O.

Einigkeit besteht jedoch hinsichtlich der Forderung an den Gesetzgeber und die Rechtsprechung, sich bei der Beurteilung von Dienstvergehen nach einer strafgerichtlichen Verurteilung des Beamten auf das durch dienstliche Zwecke allein Erforderliche zu beschränken und auf die Durchführung eines Disziplinarverfahrens zu verzichten, soweit diese Zwecke bereits durch das Strafurteil wahrgenommen worden sind, wie es nunmehr in § 14 BDO legalisiert ist, wenn auch der dogmatische Ansatz unterschiedlich ist. Während MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, WIESE, LINDGEN und THIEME von einem generischen Unterschied zwischen dem Disziplinarrecht und den verwandten Rechtsgebieten ausgehen,[50] sehen LOCHBRUNNER, BAUMANN und RUPP diesen Unterschied nur als einen quantitativen an.[51]

Grundlage jeder Betrachtung zum Problem der Doppelbestrafung muß jedenfalls immer die Frage nach der Rechtsnatur des Disziplinarrechts sein, insbesondere auch, ob die Ausübung der Disziplinargewalt Rechtsprechung oder Verwaltung ist. Zugleich ist im Rahmen der phänomenologischen Erörterung der Bedeutungswandel des besonderen Gewaltverhältnisses, in dem der Beamte nach der noch h.L.[52] steht, im modernen Rechts-

---

50) Dürig, a.a.O.; Wiese, a.a.O., S. 356; Lindgen, a.a.O.; ders., Hdb. des Disziplinarrechts, Bd. I, S. 3; Thieme, a.a.O., S. 80; der Wesensunterschied werde nur nicht immer vom Gesetzgeber beachtet.

51) Lochbrunner, ZBR 63, 286, wo es heißt, daß durch das dem Disziplinarrecht wesensähnliche Strafurteil die Sühne- und Erziehungsfunktion der Disziplinarstrafe verbraucht sei; anders i. Hdb. des Bundesdisziplinarrechts, S. 55; Baumann, JZ 64, 615, wo es heißt, daß in großen Bereichen des Straf- und Disziplinarrechts zweck- und wesensgleich reagiert werde; Wilhelm, ZBR 64, 327, der die praktischen Auswirkungen der Disziplinarstrafe bei Geld- und Gehaltseinbußen gleich einer Geldstrafe ansieht; ähnlich Rupp, a.a.O.

52) Plog-Wiedow, Anm. B I zu § 2 BBG; Leusser-Gerner, Anm. 2 zu Art. 2 BayBG; Thieme, Deutsches Hochschulrecht, S.39 f.; ders. i. DÖV 56, 522; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl. 1964, S. 140 ff.; Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 555 ff.; einschränkend auch Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 121 ff.; Herb. Krüger u. Ule i. VVDStRL, Heft 15 (1957), S.109 ff. u. 133 ff.; Thiele, DÖD 63, 103; Herb. Krüger, NJW 53,

(Fortsetzung)

staat zu beachten, wird doch allgemein dieses Rechtsinstitut als Grundlage der Disziplinargewalt angesehen.[53)]

Neben dieser juristischen Betrachtungsweise muß gefragt werden, inwieweit soziologische Veränderungen das Bild des Beamten in der Öffentlichkeit, sein Verhältnis zum Staat und unser gesamtes Staatsverständnis modifiziert haben; denn das Disziplinarrecht ist ein Teil des Beamtenrechts[54)] und von diesem abhängig, dem wiederum in den Grundsätzen durch Art. 33 Abs. II bis V GG unmittelbarer Verfassungsrang zukommt.

b) Der Gang der Darstellung

Am Anfang der Betrachtung steht ein kurzer Abriß der geschichtlichen und dogmatischen Entwicklung des Disziplinarrechts zur Verdeutlichung der großen Leitlinien in dem historischen Werden dieses Rechtsgebietes, um daraus Rückschlüsse für die zukünftige Entwicklung zu ziehen. Hierbei ist auch auf die Abhängigkeit der Ausprägung der Disziplinargewalt von Staatsform und Staatsauffassung einzugehen.

Ist man der Auffassung, das Disziplinarrecht sei als Institution notwendig und Art. 103 Abs. III GG gelte grundsätzlich auch im Verhältnis vom Disziplinar- zum Strafrecht, so

---

(Fortsetzung)

... 1370 ff.; v. Münch, Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis, Berliner Diss. 1957; ders. i. ZBR 59, 209 ff.; Schick, ZBR 63, 67 ff.; Bank, ZBR 63, 227 ff.; grundsätzlich a.A. sind Spanner, DÖV 63, 29 ff.; ders. i. DÖV 63, 497 f.; Hild. Krüger, ZBR 56, 309 ff.; Malz, ZBR 64, 97 ff.; Köhl, ZBR 57, 123 f.; Brohm, DÖV 64, 246; Köhl, Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Zürich 1955, S. 73 ff.; Ermacora, DÖV 56, 529 ff.; ähnlich schon Merkel i. VStRL 1932, S. 57 und Fischbach, Einl. B II 2 c) BBG, Bd. I u. Nachtragsbd. zum BBG, 2. Aufl., S. 110.

53) Schütz, Disziplinarrecht, S.68 f.; weitere Literaturnachweise u. § 7 Anm. 65.

54) Darüber unten § 1 III.

bieten sich zwei Lösungswege an. Entweder man verstärkt die Bindungswirkung[55] zwischen strafrechtlichen und disziplinarischen Sanktionen über eine bloße Feststellungswirkung (§ 18 Abs. I S. 1 BDO) hinaus,[56] um dadurch einer ungerechtfertigten Doppelbestrafung zu entgehen, oder man nimmt eine Zweckbereinigung im Disziplinarrecht vor,[57] so daß das Problem von vornherein nicht auftritt.

Die Schwierigkeit einer noch stärkeren Bindungswirkung, die sich aus der jedem Rechtsgebiet immanenten (hier verschiedenen) Teleologie ergibt, hat der Gesetzgeber bei der Fassung des § 14 BDO erkannt, wenn er nach einer strafgerichtlichen Verurteilung die Disziplinierung des Beamten für dasselbe Verhalten insoweit für zulässig erklärt, als sie nach den besonderen dienstlichen Erfordernissen notwendig ist. Dies ist bereits die äußerste Grenze einer Bindungswirkung, womit allerdings die angestrebte und nach Art. 103 Abs. III GG auch verfassungsrechtlich geforderte Trennung von Straf- und Disziplinarrecht nicht erreicht ist.[58]

Das entscheidende Argument für die zweite Methode liegt allerdings darin, daß die Bindungswirkung auch nach einer verhängten Disziplinarmaßnahme für das nachfolgende Strafverfahren gelten müßte. Dies wäre mit dem Sinn des Legalitäts-

---

55) §§ 14 und 123 BDO; danach jedoch keine Bindung des Strafrichters. § 13 Abs. I S. 2 StGB verpflichtet aber nunmehr den Strafrichter, eine bereits verhängte Disziplinarstrafe bei Tatidentität auf das Strafmaß anzurechnen. Die Konsequenz aus dieser Regelung ist die, daß zunächst immer ein Verfahren rechtskräftig abgeschlossen sein muß, ehe das andere beginnen kann, anderenfalls trägt jedes Urteil bereits den Keim der Unrichtigkeit in sich.

56) Der Gesetzgeber kombiniert beide Möglichkeiten; §§ 14, 17 und 18 BDO einerseits, andererseits § 54 S. 3 BBG.

57) So insbesondere Baumann, JZ 64, 613.

58) Aus § 14 BDO kann nur der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber Zweifel hegt, ob eine Abgrenzung des Disziplinarrechts vom Strafrecht dogmatisch zweifelsfrei geglückt sei, da sich anderenfalls jede Bindungswirkung erübrigt.

prinzip[s] nicht vereinbar; denn dieses ist nicht ausschließlich ein Strafverfolgungsprinzip. Da es der Durchsetzung des materiellen Strafanspruchs des Staates dient,[59] ist auch sinngemäß der Strafrichter daran gebunden. Das bedeutet, er muß verurteilen, wenn eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung vorliegt,[60] einschließlich der sonstigen materiellen und prozessualen Voraussetzungen; und zwar richtet sich das Strafmaß ausschließlich nach strafrechtlichen Gesichtspunkten, wobei im Vordergrund das Schuldprinzip steht, das eine Berücksichtigung präventiver Umstände nur im Rahmen des § 13 StGB zuläßt.[61] Demgegenüber soll im Disziplinarrecht der Präventionsgedanke in seinen beiden Ausformungen im Vordergrund stehen.

Ferner kann auch der Aussetzungszwang nach § 17 Abs. I BDO zu Unzuträglichkeiten führen.[62]

Die Möglichkeit, zwar die Disziplinarbehörde an das Strafurteil zu binden, nicht aber umgekehrt, ist inkonsequent und hat eine unsichere Rechtslage zur Folge, indem eine bereits verhängte Disziplinarmaßnahme eventuell später wieder aufgehoben oder abgeändert werden muß, was zu verfassungsrechtlichen Bedenken aus Art. 1, 20 Abs. III und 103 Abs. III GG führt.[63]

---

59) Betont wird allerdings meistens nur der rechtsstaatliche Hintergrund des § 152 Abs. II StPO; vgl. z.B. Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 96.

60) Faßt man das Legalitätsprinzip als reines Strafverfolgungsprinzip auf, so kann man dasselbe Ergebnis aus der Wortfassung der besonderen Tatbestände gewinnen.

61) Vgl. nunmehr §§ 13 Abs. I S. 2, 16 StGB, eingefügt durch das 1. StrRG vom 25.6.1969 (BGBl. I S. 645).

62) § 17 Abs. IV BDO hilft nur gegen Unzuträglichkeiten in der Person des betroffenen Beamten, nicht gegen solche für den Dienstherrn.

63) So aber § 123 Abs. I BDO. Die Bestimmung ist nur deshalb haltbar, weil sie zugunsten des Beamten wirkt. Sie beweist aber wiederum nur die dogmatischen Ungereimtheiten des Disziplinarrechts.

Die Arbeit hat sich zunächst mit der Frage der grundsätzlichen Geltung des Satzes "ne bis in idem" für das Disziplinarrecht zu beschäftigen. In diesem Rahmen sind die Argumente der herrschenden Meinung kritisch zu untersuchen, daß Art. 103 Abs. III GG nur für die allgemeinen Strafgesetze gelte, das Disziplinarrecht sich aber vom Strafrecht qualitativ unterscheide und daher von einer unzulässigen Doppelbestrafung keine Rede sein könne. Die entscheidende Frage im weiteren Verlauf der Arbeit ist daher, wie ein Disziplinarrecht für Beamte aussehen muß, das sich qualitativ von den verwandten Rechtsgebieten unterscheidet. Es handelt sich also im wesentlichen um eine Analyse de lege ferenda.

Bei dieser phänomenologischen Untersuchung spielt der Begriff der Disziplinargewalt eine entscheidende Rolle, dessen rechtliche und soziologische Grundlagen zu untersuchen sind.

Der bereits zu Anfang unseres Jahrhunderts einsetzende Nivellierungsprozeß[64] zwischen Angestellten und Beamten durch Übertragung auch hoheitlicher Funktionen auf numerisch den Beamtenstand überflügelnde Angestellte hat zu einer Strukturveränderung im öffentlichen Dienst geführt, die notwendigerweise auch das Verständnis des Disziplinarrechts beeinflußt; denn immer lauter wird die Forderung nach einem neuen

---

64) So bereits Otto Hintze, Der Beamtenstand i. Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden, Bd. III, S. 95 ff.

65) Darüber Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, Tübingen 1957, S. 3 ff.: ders. i. ZStW, Bd. 100 (1939), S. 170 ff.: ders. i. Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, Hamburg 1941, S. 13, 46: ders. DÖV 58, 278 ff.: Fischbach, DÖV 55, 709 f.: Gerber, DVBl. 51, 489, 493 ff.; Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Göttingen 1961, S. 23 ff.: der den Angleichungsprozeß mehr aus staatspolitischer Sicht betrachtet; ders. i. ZBR 60, 171 ff.; Heyland, Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen deutschen Staat, Berlin 1949, S. 42 f.: Köttgen, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, Berlin 1928, S. 70 ff. Hingewiesen sei insbesondere auch auf Jörg Jung, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes, Berlin 1971 (Schriften zum Öffentlichen Recht 138).

Typ des öffentlichen Bediensteten, der Elemente beider Berufsgruppen enthalten müsse.[66] Diese Entwicklung könnte geeignet sein, die letzten Rudimente der Auffassung zu beseitigen, das Disziplinarrecht diene durch Erziehungsmaßnahmen (-strafen) der Konservierung eines elitären (im unfunktionellen Sinne) Beamtentums, das aus staatspolitischer Sicht erforderlich sei.[67]

Im Begriff der Erziehungsmaßnahme liegt der entscheidende Berührungspunkt des Disziplinarrechts mit dem Strafrecht. Daher stellt die Untersuchung des Komplexes Strafe - Maßnahme den Kern der Arbeit dar. Dieser Aspekt des Problems der Doppelbestrafung ist bisher in der wissenschaftlichen Diskussion weitgehend unbeachtet geblieben. Als Parallele bietet sich der Streit um das Wesen des Verwaltungsunrechts an,

---

66) So insbesondere Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 38; Thieme, DJT 70, D. 72; Schäfer, DJT 70, O 10 ff.; Menzel, DÖV 70, 433, Kölble, DÖV 70, 447 ff.; Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 25 ff.; aus der Sicht des "Statusrechts" auch N. Luhmann, ZRP 71, 49 ff.; Menzel, DÖV 69, 513 ff., der von einer strukturellen Desorganisation spricht, da die Tätigkeiten von Angestellten und Beamten austauschbar seien (S. 517), während Fischbach, DVBl. 51, 524 ff.; ders. i. RVBl. 42, 181 ff.; ders. i. 39. DJT, D 53 ff. u. D 96 sich für einen selbständigen, aber öffentlichrechtlichen Typus des "Staatsangestellten" und "Staatsarbeiters" ausspricht. Als konkrete Diskussionsgrundlage dienen das sog. Berliner Modell (Senator für Inneres, Berlin, Verwaltung in der Reform, Heft 1, Berlin 1970) und die Grundsätze des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur Neuordnung des Beamtenrechts, Düsseldorf, September 1970. Gegen ein einheitliches öffentliches Dienstrecht insbesondere Quaritsch, DJT 70, O 34 ff., soweit es nicht nach beamtenrechtlichen Grundsätzen ausgestaltet ist, da andere Einheitssysteme nur bewirkten, daß "die Rechte und Vorteile der Beamten und der Arbeitnehmer addiert, die Sonderpflichten und Lasten subtrahiert und die Kompetenzen der Interessenvertretungen multipliziert" werden sollen (O 53).

67) Vgl. noch Reuß, ZBR 66, 174; ders. i. JR 64, 1 ff.; Schütz, Disziplinarrecht, S. 69; Dernedde, DVBl. 52, 709; Thiele, DÖD 60, 61; Sellmann, ZBR 58, 127. Ein eingeschränktes Erziehungsrecht des Dienstherrn wird auch noch in der gegenwärtigen Diskussion herrschend anerkannt, vgl. Behnke, BDO, S. 53 ff.

das gleichfalls historisch aus dem Strafrecht gewachsen ist und dessen Sanktionen ebenfalls als Maßnahmen bezeichnet werden.

Abschließend soll das Problem der Doppelbestrafung im Disziplinarrecht unter dem Blickwinkel des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, des Rechtsstaatsprinzips und dem Richtervorbehalt gewürdigt werden.

III. Die Rechtfertigung des Disziplinarrechts

Alles gesetzte Recht muß sich als ein nicht natürliches Sein immer wieder von neuem auch in seiner Totalität in Frage stellen lassen und bewähren.[68)]

Bei der Frage nach der Legitimation von Normen sind theoretisch drei Möglichkeiten gegeben: Die Norm[69)] ist nützlich, erforderlich oder entspricht transzendentalen Wesensmerkmalen.[70)] Im letzten Fall ist das Verhältnis der Ethik zum

---

68) Recht ist zugleich Sollen und geistiges Sein, es ist existenzieller Natur und hat sich insofern an der Lebenswirklichkeit, wie sie in den Einrichtungen der Gemeinschaft, in Sitte und Rechtsbewußtsein zum Ausdruck kommt, auszurichten: Dahm, Deutsches Recht, S. 30; anders der Rechtspositivismus Kelsens, der streng zwischen Sein und Sollen unterscheidet; vgl. Reine Rechtslehre, S. 209; hierzu kritisch u.a. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 72 ff. Andererseits beruht das Recht in großem Umfange nicht auf natürlichen Gegebenheiten, es ist insoweit unter Beachtung verfassungsrechtlicher Schranken beliebig machbar.

69) Zur Definition s. Larenz, a.a.O., S. 174.

70) Die im wesentlichen auf eine Zielbetrachtung hinauslaufende Frage nach der Legitimation einer Norm ist nicht identisch mit der Wirksamkeitsprüfung, die Wesensbetrachtung ist, Wirksamkeitsmerkmale sind Verbindlichkeitsvorstellung innerhalb der Rechtsgemeinschaft und ein Sinnbezug auf die Gerechtigkeit; Larenz, a.a.O., S. 164.

Recht angesprochen, wozu kurz angemerkt sei, daß Sittlichkeit und Moral[71] Ursprung des Rechts sind, gleichzeitig in ihren Anforderungen über das Recht hinausgehen können,[72] andererseits aber auch nicht alle Rechtsnormen zu erfassen brauchen, wie z.B. das ethisch indifferente Rechtsfahrgebot im Straßenverkehr. Daraus geht hervor, daß die Ethik nur eingeschränkt als Maßstab für richtiges Recht verwendbar ist. Das Recht braucht nicht ethisch fundiert zu sein, es darf sich nur nicht mit den Normen der Sittlichkeit, wozu auch die Gerechtigkeit als oberstes rechtliches Konstitutionsprinzip zählt, in Widerspruch setzen.[73] Auf das Gerechtigkeitsprinzip wird an anderer Stelle im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz und dem Übermaßverbot noch einzugehen sein.

Das Recht ist, formal gesehen, Ordnung menschlichen Zusammenlebens durch Normen,[74] die ein bestimmtes menschliches Verhalten fordern (Bestimmungsnormen) und Verstöße hiergegen rechtlich werten (Bewertungsnormen). Diese Ordnungsfunktion kommt auch dem Disziplinarrecht zu, indem es mit seinen Bewertungsnormen den materiellen Bestimmungsnormen des Beamtenrechts zur Effektivität verhilft. Es ist eine logische Notwendigkeit, daß das Recht für die Durchsetzung seiner Nor-

---

71) Über die Bedeutung der Begriffe Sitte, Sittlichkeit, Moral und Recht s. Dahm, a.a.O., S. 20 ff. und Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 132 ff., nach dem Recht und Moral Kulturbegriffe, Gerechtigkeit und Sittlichkeit aber Wertbegriffe sind, S. 132. Eine vollständige Trennung von Recht und Sittlichkeit ist nicht durchführbar; vgl. Arthur Kaufmann, Recht und Sittlichkeit, S. 9, der von einem nur relativen Gegensatz, von einer Polarität, spricht. Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 10, gebraucht das Bild zweier sich überschneidender Kreise.

72) Wer im Notstand des § 54 StGB einen Menschen tötet, ist schuldig im moralischen, nicht aber im rechtlichen Sinne.

73) So RGSt 73, 257.

74) Dahm, a.a.O., S. 2; Kelsen, a.a.O., S. 31 ff., der das entscheidende Gewicht auf den Begriff der "Zwangsordnung" legt (S. 36); Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 59.

men Sorge tragen muß, um effektiv zu sein; somit handelt es sich hierbei um ein, wenn auch nicht begriffsnotwendiges, Wesensmerkmal des Rechts.[75)]

Daß das Disziplinarrecht als Institution ein nützliches und geeignetes Instrument zur Erfüllung dieser Ordnungsfunktion ist, kann nicht bestritten werden.

Es ist auch in seiner weitesten Begriffsbestimmung als der Inbegriff der Normen, die außerhalb der regelmäßigen Rechtsfolgen auf Pflichtverletzungen, Schadensersatz und Lösung des Rechtsverhältnisses, Dienstpflichtverletzungen der Beamten rechtlich ahnden, erforderlich; denn Schadensersatz und Auflösung des Beamtenverhältnisses erfüllen nicht alle legitimen Interessen des Dienstherrn. So wird es oftmals an einem nachweisbaren materiellen Schaden fehlen, da der Staat durch seine Verwaltung zwar für die konkrete Leistung bezifferbare Werte produziert, der Wert einer einzelnen amtlichen Handlung oder Fehlbehandlung für den gesamten Verwaltungs- und Integrationsprozeß aber nicht meßbar ist. Weiterhin ist die einseitige Auflösung des Dienstverhältnisses für den Dienstherrn nach §§ 28 ff. BBG, 21 ff. BRRG grundsätzlich nicht möglich; sie wäre auch in vielen Fällen kein adäquates Mittel.

Es besteht daher ein Interesse des Dienstherrn daran, Dienstpflichtverletzungen zu ahnden, und zwar unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten, einmal als bloße Pflichtenmahnung,[76)] weiterhin als Erziehungsmittel mit der Begründung aus der staatspolitischen und sozialen Stellung des Beamten[77)]

---

75) Daß Effektivität kein Essentiale des Rechts an sich ist, geht aus der Existenz des Völkerrechts hervor.

76) Die Pflichtenmahnung wird gemeinhin mit der Erziehung gleichgesetzt, erreicht aber nicht deren Intensität.

77) In diesem Sinne die h.L.; s.o. Anm. 67.

und schließlich als Statusveränderung.[78] Welcher Gesichtspunkt sich als der richtige erweist, ist eine Frage, die in das Wesen des Disziplinarrechts dringt und das Hauptthema der Arbeit darstellt. Von ihrer Beantwortung hängt auch die Lösung des Problems der Doppelbestrafung ab.

Zur Rechtfertigung des Disziplinarrechts als Institution sind jedenfalls alle drei Begründungen geeignet, es ist daher auch mit der allgemeinen Meinung[79] von der Existenzberechtigung des Disziplinarrechts auszugehen.

---

78) Gemeint ist damit eine Veränderung der Rechtsstellung des Beamten zu seinem Nachteil als adäquate Folge seiner Dienstpflichtverletzung, wobei Funktionsstörung und Funktionswandlung in einem Sinnzusammenhang stehen müssen. Der Begriff des Status wird hier als ein formalisierendes Prinzip verwendet, also in einer induktiven Betrachtungsweise, während N. Luhmann, ZRP 71, 49 ff. in seiner soziologischen Kritik am Rechtsbegriff des Status deduktiv vorgeht und dem Begriff eine produzierende Kraft beimißt, die ihm heute aus soziologischer Sicht tatsächlich nicht mehr zukommt; die aber auch nicht in der Intention des Statusbegriffs, der nur ein rechtliches, abstrahierendes und formalisierendes Prinzip sein will, liegt.

79) Sofern man sich für einen neuen, einheitlichen Typus des öffentlichen Bediensteten ausspricht, könnte die Existenzberechtigung des Beamtendisziplinarrechts heutiger Prägung mit gutem Grund angezweifelt werden, nicht aber das Institut des Disziplinarrechts als solches; vgl. auch Thieme, 48. DJT, Bd. I, D 68 ff.; a.M. für das studentische Disziplinarrecht Rotter, Ethische Totalbindung des Studenten?, S. 15 ff. Seine Argumente sind jedoch nicht auf das Beamtenrecht übertragbar, da der Beamte weit stärker als der Student einer zweckbestimmten und stark verrechtlichten Betriebsordnung unterworfen ist.

1. Kapitel
DIE ENTWICKLUNG DES DISZIPLINARRECHTS

§ 2
Die Anfänge disziplinarrechtlichen Denkens

Von einem eigenständigen Disziplinarrecht[1] und damit von einer Dogmatik dieses Teilrechtsgebietes kann man erst seit den preußischen Disziplinarverordnungen von 1849 und 1850[2] sprechen.[3] Dennoch enthält jeder Rechtskreis, der eine Amtsverfassung entwickelt hat, auch Rechtsregeln zu ihrer Durchsetzung, mithin also Vorschriften, die eine Sanktion auf Verstöße der Amtsträger gegen ihre Pflichten enthalten.

---

1) Nach Maack, Grundlagen des studentischen Disziplinarrechts, Freiburger Diss. 1956, S. 84, in Anlehnung an Smend und Eb. Schmidt, ist das Disziplinarrecht der Inbegriff der "Normen, die aus einer berufsethischen Totalbindung" erwachsen. Dementsprechend nimmt Maack eine Verwandtschaft mit dem Strafrecht an; ähnlich auch Thieme, DVBl. 57, 269. Diese Auffassung übersieht, daß es auch disziplinarrechtliche Normen gibt, die nicht auf beruflichen Anforderungen basieren (so z.B. die Ahndung von Hausordnungsverstößen im studentischen Disziplinarrecht). Mit Recht weist Rotter, a.a.O., S. 17 ff. auch auf die Fragwürdigkeit einer berufsethischen Totalbindung des Studenten hin. Das Disziplinarrecht ist daher soziologisch-rechtlich nur als Inbegriff der Normen erklärbar, die der Durchsetzung der jeder Institution zweckimmanenten Ordnung dient. Wertmäßig wird der Ordnungsbegriff durch das Wesen der Institution ausgefüllt. In Wahrheit ist also dieses rechtfertigender Bestandteil des Disziplinarrechts, auf das auch die sog. Berufsethik aufbaut.

2) PrGS. S. 253 u. 271; vgl. o. Anm. 24.

3) Behnke, BDO, S. 48; Lindgen I, S. 6; Schütz, Disziplinarrecht, S. 54; Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, Leipzig 1932, S. 194; K. Behnke, ZBR 63, 258.

Alle diese Rechtssätze sind Disziplinarrechtsnormen im historischen Sinne[4] und für das Verständnis des Disziplinarrechts von Bedeutung.

I. Der Amtsträger in Rom[5]

a) Die republikanischen Magistraturen

Das römische Amtsrecht der Republik ist geprägt vom Fehlen des Amtes als Institution.[6] Dadurch mangelt es der römischen Amtsverfassung an dem typisch öffentlich-rechtlichen Element, das sich erst in der Neuzeit mit der Erkenntnis vom Staat als juristischer Person durchgesetzt hat. Daher wird der Beamte auch noch im Prinzip wie eine Privatperson behandelt, für die allerdings insoweit schon Sonderdelikte bestehen.[7] Seine Verantwortung ist zivil- und strafrechtlicher Art, eine Sondergerichtsbarkeit existiert nicht.

Der Begriff Magistrate bezeichnet die Organe, mit denen der römische Staat rechtlich handelnd auftritt und meint sowohl

---

4) Entscheidend ist, daß es sich um Sonderrecht für Beamte handelt, das als Sanktion auf eine Pflichtenverletzung nicht gerade nur zivilrechtliche, den Ausgleich eines konkreten Schadens bezweckende, Rechtsfolgen betrifft. Zum Disziplinarrecht im engeren Sinne s. Anm. 1. Über den Begriff "Disziplin" vgl. L. Bopp i. Staatslexikon, Bd. I, 5. Aufl. 1926, S. 1466. Danach ist Disziplin die freiwillige Einordnung in eine bestehende Ordnung eines höheren Gutes wegen.

5) Die Ausführungen zum römischen Beamtenrecht beruhen im wesentlichen auf Theodor Mommsen, Römisches Staatsrecht, Bd. I, 4. Aufl., Nachdruck Tübingen 1952.

6) Mommsen I, S. 705.

7) Über Amtsunregelmäßigkeiten vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht, Nachdruck Graz 1955, S. 881 u. 555. Aber auch bei allgemeinen Delikten wurde die Beamteneigenschaft in der Strafzumessung berücksichtigt, s. Mommsen, Strafrecht, S. 1043.

das Amt wie seinen persönlichen Träger.[8] Die römischen Magistrate sind politische Ehrenämter und als solche mit unseren Ministerien vergleichbar.[9] Zwar bedienen sie sich nachgeordneter Dienerschaft,[10] die aber keine eigene Entscheidungsgewalt besitzen.[11] Es gelten die Grundsätze der Annuität und Kollegialität.[12]

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Magistrate ist zu unterscheiden, ob sie bereits während der Amtszeit eintreten kann oder erst nach der Niederlegung des Amtes. Außer den Censoren, die hierin eine Sonderstellung einnehmen,[13] unterliegen alle Magistrate der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für begangene strafbare Handlungen. Das nicht ständige Perduellitionsgericht ist zwar zuständig für Verbrechen gegen den Staat, nicht aber auf die Aburteilung von Beamtendelikten beschränkt.

Auch der politische Rechenschaftsprozeß des späteren tribunizischen Verfahrens ist kein typisches Beamtenverfahren, da es sich auf alle Träger eines öffentlichen Mandats bezogen hat.[15] Erst seit der sullanischen Reform des Quästionenprozesses sind die Beamtenverbrechen in besonderer Weise berücksichtigt worden.[16]

---

8) Kaser, Römisches Recht, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 40.

9) Kaser, a.a.O.

10) Sog. apparitores, servi publici, scribae u.a.m.; Kaser, a.a.O., S. 41.

11) Kaser, a.a.O.

12) Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 1967, S. 27.

13) Hierüber Mommsen I, S. 698 f.

14) Mommsen I, S. 699.

15) Mommsen I, a.a.O.

16) Desnäheren dazu Mommsen, Strafrecht, S. 190, 192, 203, sowie ders., Staatsrecht I, S. 699.

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten ist verschieden, je nachdem ein Privater oder die Gemeinde gegen ihn einen vermögensrechtlichen Anspruch geltend macht.[17] Der Beamte nimmt hierbei keine Sonderstellung ein, seine Verantwortlichkeit ist eine größere als in der späteren Kaiserzeit und nach den heutigen Staatsordnungen im Wege des Zivilprozesses.[18]

Erst im Quästionenprozeß des 7. Jhd. ist der Beamte während seiner Amtszeit von einer Anklage wegen der meisten Delikte befreit.[19] Gegen die consularisch-senatorische und kaiserliche Criminaljustiz schützt das Amt allerdings im allgemeinen nicht.[20]

Hier wird eine Ausnahmestellung des Beamten sichtbar, die politischen Motiven entspringt, während im allgemeinen die "ungemeine politische Befähigung der Römer sich in Betreff der magistratischen Verantwortlichkeit vor allem darin offenbart, daß sie den Beamten keine Ausnahmestellung, weder eine erschwerte noch eine befreite, gegeben haben."[21]

Mit den charakteristischen Merkmalen der Wählbarkeit aller wichtigen Beamten und des Fehlens eines öffentlich-rechtlichen Elements entspricht die römische Republik insoweit unserem klassischen Demokratiebegriff, wie er lange Zeit in den angelsächsischen Ländern verwirklicht worden ist.[22]

---

17) Mommsen I, S. 699.

18) Mommsen, a.a.O.

19) Mommsen I, S. 708.

20) Mommsen, a.a.O.

21) Mommsen I, S. 698. Disziplin beherrschte das römische Staatswesen, die freiwillige und einsichtige Unterordnung unter den Staatszweck. Es bedurfte daher auch nicht eines eigentlichen Disziplinarrechts. Für speziell das Problem der Doppelbestrafung ist interessant, daß zur Zeit der Republik noch allgemeine Verhältnis der Hausgewalt zur Staatsgewalt. Dies ist die Urform der mehrfachen Gewaltunterworfenheit, und die Römer vermieden auch hier eine zusätzliche Bestrafung, indem sie das Verhältnis teils konkurrierend, teils ergänzend ausgestaltet haben; Mommsen, Strafrecht, S. 6 ff.

Hieraus allerdings den Schluß ziehen zu wollen, unser Beamtenrecht, einschließlich des Disziplinarrechts, sei schon von der Wurzel her, dem Berufsbeamtentum, nicht gerechtfertigt, wäre falsch. Weder besitzen wir das politische Geschick und die Disziplin der Römer, die sie befähigten, diese Amtsverfassung ohne Schaden für das Gemeinwesen zu praktizieren, noch läßt sich dieses System überhaupt auf unseren hochtechnisierten Massen- und Industriestaat mit seinen pluralistischen Tendenzen anwenden.[23] Dies hat auch die Entwicklung in den angelsächsischen Ländern gezeigt.[24] Die Frage ist daher nicht ein "Ob" in den Reformbestrebungen um das Beamtenrecht, zu denen die Disziplinarrechtsreform nur ein Annex ist, sondern das "Wie".

b) Die kaiserlichen Beamten

Neben den alten Magistraturen bildet sich in der Kaiserzeit ein Berufsbeamtentum heraus, das das klassische Wahlbeamtentum in den Staatsämtern allmählich verdrängt.[25] Sie sind keine Magistrate mehr im Sinne der Republik, sondern Berufsbeamte,[26] deren Amtsstellung sich aus der Delegationsgewalt des Princeps ableitet. Demgemäß steht die Einrichtung der Ämter und deren Besetzung in seinem Belieben. Der Beamte kann jederzeit und ohne Grund entlassen werden. Allmählich bildet sich ein Stab von Hilfsbeamten heraus, die nunmehr auch Aufgaben in eigener Verantwortung übertragen erhalten (z.B. Steuereinziehung).[27]

---

23) Vgl. Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, S. 18; s.a. Max Weber, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland i. Gesammelte politische Schriften, Tübingen 1958, S. 126.

24) Köttgen, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, S. 201.

25) Siber, Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung, Lahr 1952, S. 327 ff.

26) Kaser, a.a.O., S. 112.

27) Kaser, a.a.O., S. 113.

Diese sind meist freigelassene gebildete Griechen, aus deren Tätigkeit bald unter festen organisatorischen Formen für wichtige Staatsgeschäfte eine kaiserliche Kanzlei erwächst, die ihre Funktionen in eigener Zuständigkeit wahrnimmt.

Wir begegnen also bereits im Rom der Kaiserzeit einer Amtsverfassung, die das Amt verselbständigt durch Trennung von seinem Träger unter Bildung einer Behörde, die mit Berufsbeamten versehen ist. Die Entstehung dieses Typs des Amtsträgers ist begründet in der engen Bindung an einen absoluten Monarchen, zu dem der Beamte in einem Subjektionsverhältnis steht. Während seiner Entstehungszeit dient das Berufsbeamtentum im kaiserlichen Rom wie auch später im 18. Jhd. als Instrument zentralistischer Machtentfaltung, allerdings ist es wohl schwerlich eine ad hoc-Schöpfung ausschließlich zu diesem Zweck.

Hieraus resultieren auch die besonderen Anforderungen an das Beamtentum, wie insbesondere die totale Treue- und Gehorsamspflicht. Einen Schutz gegen willkürliche Disziplinierung hat es nicht gegeben. Es läßt sich der Schluß ziehen, daß in diesem Unterwerfungsverhältnis das Prinzip der altrömischen Hausgewalt des Hausherrn über sein Gesinde wieder aufgelebt ist, wie denn überhaupt die Hausgewalt die Wurzel des gesamten römischen Staatswesens und insbesondere der Strafordnung ist.[28)]

Bereits mit der Entstehung des Berufsbeamtentums erweist sich also das Element der Gewaltunterworfenheit als ein Wesensmerkmal desselben. Es ist daher verständlich, daß nach beiden Weltkriegen das Berufsbeamtentum mit dem Argument in Frage gestellt worden ist, es habe sich als Werkzeug obrig-

---

28) Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 16.

keitsstaatlicher Willkür mißbrauchen lassen.[29] Dieses Argument ist dennoch aus mehreren Gründen nicht haltbar. Es übersieht in erster Linie die Entwicklung des Berufsbeamtentums vom Fürstendiener zum Staatsdiener, die in der parlamentarischen Demokratie der Weimarer Republik durch die oberste Treuepflicht gegenüber der Verfassung abgeschlossen wurde. Es übersieht aber auch, daß es sich eigentlich um ein allgemeinmenschliches Problem, nicht um ein rechtliches, handelt; der Mensch ist eben nicht als Held geboren. Schließlich ist die Abhängigkeit des Beamten von seinem Dienstherrn auch durch die Verrechtlichung des Beamtenverhältnisses geringer als die des privaten Arbeitnehmers.

Aber auch historisch ist dieses Argument nur zum Teil richtig; denn das Berufsbeamtentum hat sich jedenfalls im kaiserlichen Rom allmählich, an den Erfordernissen eines fachlich qualifizierten Beamtentums ausgerichtet, entwickelt.[30] Die Heranbildung eines Berufsbeamtentums ist auch zunächst in der kaiserlichen Kanzlei erfolgt, deren Funktion vor allem interner Art gewesen ist (z.B. Ernennung der kaiserlichen Beamten).

Während das Unterordnungsverhältnis als ein Kernelement unseres Beamten- und Disziplinarrechts bereits auch der spätrömischen Amtsverfassung eigentümlich gewesen ist, erweist sich das Alimentationsprinzip, die andere wesentliche Einrichtung unseres Beamtenrechts, das in Verbindung mit dem

---

29) Ein Teil der Sozialdemokratie wollte nach dem 2. Weltkrieg wegen der Verknüpfung mit Partei und Staat im 3. Reich das Berufsbeamtentum abschaffen; vgl. auch Art. 29 Hess.Verf.; anders jedoch die Neufassung des Hess.BG v. 1954 (GVBl. S. 239); vgl. dazu Thieme, Der öffentliche Dienst, S. 10 und Reimer, ZBR 55, 173 ff. Hinter diesen Bestrebungen stand wohl das marxistische Bild vom Wahlbeamten, das Marx der amerikanischen Demokratie abgesehen hat, in der Hoffnung, daß es unter typischen kapitalistischen Bedingungen revolutionären Charakter annehmen mußte.

30) Die römischen Kaier haben sich hinsichtlich der Wahl ihrer Gehilfen einer freiwilligen Selbstbeschränkung unterworfen, Mommsen II, S. 933.

Prinzip des Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit nachhaltig unser disziplinarrechtliches Denken beeinflußt hat,[31] als ein typisch deutschrechtlicher Grundsatz. Die Vergütung des spätrömischen Beamten (salarium) ist noch Entgelt für geleistete Dienste.[32]

Festzuhalten ist, daß der römischen Republik wie der Kaiserzeit eine eigenständige Disziplinargewalt fehlt. Der Kirche ist es vorbehalten gewesen, in einem starren Ordnungsdenken eine echte Disziplinargewalt des Bischofs und des Papstes über Geistliche und Laien zu schaffen, um ihre soeben auf dem Konzil von Nicäa (325 n.Chr.) etablierte Macht organisatorisch und dogmatisch zu festigen.[33] Hierin zeigt sich bereits die Gefahr eines falsch verstandenen Disziplinarrechts, das durch "Strafe" erziehen will, die Gefahr nämlich, daß der Beamte tatsächlich zu einem bloßen Werkzeug herabgewürdigt wird.

---

31) Noch heute spielt der Gedanke des Kündigungsersatzes im Disziplinarrechtsverständnis eine erhebliche Rolle; vgl. Lindgen I, S. 2.

32) Kaser, a.a.O., S. 113.

33) Im 3. Jhd. wird die Kirche Bischofskirche. Mit der Entstehung des monarchischen Fpiskopats war ein entscheidender Schritt von der Urkirche zum Frühkatholizismus getan; Feine, Kirchliche Rechtsgeschichte, Die Katholische Kirche, 1964, S. 43. Der Bischof ist Gerichtsherr über Kleriker und Laien in kirchlichen Straf-, Disziplinar- und sonstigen Angelegenheiten; Feine, a.a.O., S. 126. Für Kleriker entwickelte sich anstelle der Exkommunikation die Amtsenthebung, Ausstoßung, Versetzung in einen niedrigeren Grad und Vorrückungssperre; Feine, a.a.O., S. 124.

II. Gefolgschaft, Vasallität und Ministerialität

a) Die germanische Gefolgschaft

Als eine altgermanische Beamtenorganisation eigener Art kann man auch das auf einem Dienstverhältnis beruhende und ein personenrechtliches Verhältnis der Gefolgsleute zu ihrem Gefolgsherrn begründende Gefolgschaftswesen bezeichnen.[34] Wesen dieses Verhältnisses ist die gegenseitige persönliche Treuepflicht, die auch oder gerade den Einsatz von Leib und Leben für den Gefolgsherrn verlangte, während als Gegenleistung für den gesamten Lebensunterhalt des Gefolgsmannes gesorgt wurde.[35] Die besondere Bedeutung dieses Instituts liegt in seiner Einwirkung auf Vasallentum und Ministerialität des Mittelalters.[36] Hier liegt auch die Wurzel des personenrechtlichen Elements unseres Beamtenrechts, ausgeprägt im Begriff des Dienst- und Treueverhältnisses und im Alimentationsprinzip.

Der Gefolgsmann, der seine Treuepflicht bricht, wird verstoßen und verfällt öffentlicher Rechtlosigkeit.[37] Auch hier zeigt sich die für den germanischen Rechtskreis typische Verbindung privater und öffentlicher Rechtsfolgen.

b) Das Vasallentum des Frühmittelalters

Die Bezeichnung eines Gefolgsmannes als Vasallen taucht erst-

---

34) Schröder-v. Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 1932, S. 36; Tacitus, De Germania, c. 13.

35) Schröder, a.a.O.; Tacitus, Germ., c. 14.

36) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Berlin 1958, S. 36; Schröder, a.a.O., S. 168; a.M. H. Kuhn, ZRG, Germ.Abt. 73, 1956, S. 106 ff.; K. Wührer, ZRG, Germ. Abt. 76, 1959, S. 12.

37) Schröder, a.a.O., S. 39.

mals im 8. Jhd. auf[38] und ist wohl gallorämischen Ursprungs;[39] sie charakterisiert eine Verbindung des Treuegedankens im germanischen Gefolgschaftswesen mit dem gallorömischen Patronatsverhältnis.[40] Das Vasallentum ist ein privatrechtliches Institut, das ursprünglich zu Haus- und Hofdiensten[41] verpflichtete und in der Regel anders als die Gefolgschaft auf lebenslange Dauer angelegt ist.[42] Seit dem 8. Jhd. dient es unter dem Druck der Arabereinfälle ausschließlich kriegerischen Zwecken und erwirbt damit einen öffentlichen Charakter. Mit dieser Aufwertung treten auch Freie in den Dienst eines Herrn ein und begeben sich damit in ein Abhängigkeitsverhältnis.[43]

Aus dem persönlichen Element des Vasallentums und dem dinglichen des Benefiziums, das der Vasall bald zum Erwerb seines Lebensunterhalts erhält, erwächst das Lehnswesen.[44]

---

38) Der Begriff kommt von "vassus", ist gallischen Ursprungs und bezeichnet ursprünglich einen höheren Knecht; vgl. dazu Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. II, 1. Hlbbd., 1882 - 1885, S. 222 f.; Brunner, a.a.O., S. 353, Anm. 31 mit weiteren Nachweisen, und Schröder, a.a.O., S. 169, Anm. 4.

39) S. Schröder, a.a.O.

40) Brunner, a.a.O., S. 353. Die Konmendation erfolgte durch Treueid und das Legen der Hände in die des Herrn als Ausdruck der Unterwerfung; Nachweise bei Brunner, a.a.O.,

41) Brunner, a.a.O., S. 354.

42) Schröder, a.a.O., S. 169; Brunner, a.a.O., S. 366.

43) Brunner, a.a.O., S. 353 f.; Schröder, a.a.O., S. 71; Molitur, Der Stand der Ministerialen, Breslau 1912, S. 9. Dem Rechtsverhältnis waren schon die typischen Elemente unseres Beamtenrechts eigentümlich:
1. Unkündbares Dienstverhältnis
2. Öffentliche Funktion und
3. Besonderes Treueverhältnis.

44) Brunner, a.a.O., S. 367.

Die Jurisdiktion des Herrn über den Vasallen ist auf Lehnssachen beschränkt, für deren Erledigung sich jedoch bald besondere Gerichte (Lehnsgerichte) herausbilden.[45)]

Hinsichtlich der Knechte, aber auch der Vasallen, die sich in seinem Hause aufhalten, entwickelt sich im Rahmen der Grundherrlichkeit ein Jurisdiktionsrecht des Herrn bei Pflichtverletzungen dieser Personen. Auch hier liegt der Ursprung für Sanktionen auf Verstöße der sich in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis befindlichen Personen gegen ihre besonderen Pflichten in dem Institut der Hausgewalt (altgermanische Munt),[46)] nicht dagegen in dem dinglichen Element der Grundherrlichkeit; denn die Jurisdiktion erstreckte sich auch auf Freie.[47)]

c) Die Ministerialen

Die Ministerialen[48)] des Mittelalters haben sich aus den unfreien, zum Hause gehörenden, Vasallen entwickelt, welche

---

45) Anders in Frankreich, wo sich eine allumfassende Jurisdiktion des Herrn über seine Vasallen herausbildet. Der Ausbau der Gerichtsbarkeit steht auch im Zusammenhang mit der altgermanischen Haftung des Hausherrn für Verfehlungen seiner Familie und des Gesindes, die wiederum das Äquivalent zur Munt bildet; Brunner, a.a.O., S. 356 ff.

46) Dies folgt daraus, daß sich die Jurisdiktion nur auf hausangehörige Knechte und Vasallen erstreckte. Daß es solche Vasallen überhaupt gegeben hat, bejaht Roth, Feudalität und Untertanenverband, Weimar 1863, S. 216 f. "Über die Hausangehörigen besaßt der Hausherr eine in der Hausgemeinschaft begründete Disziplinargewalt..."; Brunner, a.a.O., S. 377. Deutlich wird hier, daß der Disziplinargedanke nicht auf berufsinterne und -ethische Prinzipien reduziert zu werden braucht, sondern daß er vielmehr allgemeiner, soziologischer Art ist.

47) Brunner, a.a.O., S. 357.

48) "Ministerialis" bezeichnet in der fränkischen Zeit einen höheren Unfreien und war dort wohl gleichbedeutend mit "vassus"; Schröder, a.a.O., S. 472.

sich die adeligen Herren[49] zu Hof-, Verwaltungs- und Kriegsdiensten heranbildeten, weil sich die freien Vasallen durch Abschichtung weitgehend ihren Einflüssen entzogen hatten und Unfreie billiger waren.[50]

Auch hier sehen wir wieder, daß der Ursprung eines neuen Beamtentums in einem Unterwerfungsverhältnis liegt, das sich jedoch bald durch enge persönliche Bindung an einen adeligen Herrn und durch Erfüllung hochrangiger Aufgaben in ein Ehrenverhältnis verwandelt; denn bereits im 11. Jhd. sind die Ministerialen ein eigener Geburtsstand,[51] der dann den niederen Adel bilden wird. Als dann der Stand im 12. Jhd. noch die volle Lehnsfähigkeit erwirbt, setzt ein zweiter Abschichtungsprozeß ein, der alle Hoffnungen auf ein funktionsfähiges und integrierendes Beamtentum zunichte macht.[52]

Von den Verfehlungen der Ministerialen interessieren hier nur diejenigen, die eigentümlich mit der Dienststellung zusammenhängen. Auch hier stellt der Treuebruch eine Art Generalklausel dar, worunter die verschiedenartigsten Pflichtverstöße subsumiert wurden.[53] Hervorzuheben ist jedoch, daß es für den Ministerialen nicht nur besondere Delikte, sondern neben den üblichen Bußen[54] auch typische, auf seine Rechtsstellung ausgerichtete, Sanktionen gibt, wie etwa die

---

49) Ursprünglich nur der König und die Großen; Schröder, a.a.O., S. 472.

50) Vgl. zum Ganzen Schröder, a.a.O., S. 472 ff. sowie die dort genannten Schriftsteller, insbesondere v. Fürth, Die Ministerialen, Cöln am Rhein 1836.

51) Schröder, a.a.O., S. 473.

52) Der im Benefizium wurzelnde Teil des Lehnswesens war daher wesentlich dafür, daß aus dem altgermanischen Personenverband im Mittelalter kein Territorialstaat erwachsen ist. Welch wichtige Rolle das Beamtentum für die Staatswerdung und die Staatseinheit spielt, wird bereits hier deutlich.

53) S. v.Fürth, Die Ministerialen, S. 375.

54) Während die Buße abstrakter Schadensausgleich war, auch was die Verletzung der Friedensordnung betraf, bedeutete die Strafe reine Repression. Beide Sanktionen konnten kumulieren; v. Fürth, a.a.O., S. 377 f.

Erklärung der Rechtlosigkeit und der Verlust der Lehensgüter.[55] Im letzten Fall liegt sowohl eine Auflösung des Sonderrechtsverhältnisses mit einer Rückgabenpflicht des Lehens, als auch eine statusverändernde Disziplinarmaßnahme, beides läßt sich auch heute für den speziellen Fall der Lösung des Rechtsverhältnisses nicht scharf trennen.

---

55) v. Fürth, a.a.O., S. 379; vgl. auch den Fall Heinrichs des Löwen.

§ 3

Die rechtsdogmatische Entwicklung

I. Das preußische Beamtendienststrafrecht

a) Der königliche Bedienstete

Als Schöpfer des modernen Berufsbeamtentums in Deutschland gilt König Friedrich Wilhelm I. von Preußen.[56] Sein Beamtentum, das er sich als persönliches Machtinstrument zur Unterwerfung der patrimonialen Gewalten, andererseits aber auch zur Einrichtung einer modernen, nach Ressorts getrennten Staatsverwaltung schuf,[57] zeigt bereits in hohem Maße alle Merkmale des heutigen Berufsbeamtentums, nämlich eine auf Lebenszeit berechnete, unkündbare Dienststellung, verbunden mit einem hohen ethischen, auf einem persönlichen Treueband und einer unbedingten Gehorsamspflicht beruhenden Pflichtencodex, sowie die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Die Entstehung eines besonders hohen Berufsethos ist zweifach begründet, erstens in der persönlichen Bindung an den Monarchen und zweitens in den politischen Zielen des

---

56) H. Schulze, Preußisches Staatsrecht, Bd. I, Leipzig 1872, S. 309, 315 f., 323, 328; Bornhak, Preußisches Staatsrecht, Bd. II, Breslau 1912, S. 1 ff.; Köttgen, Beamtenrecht, i. Jedermann Bücherei, Breslau 1929, S. 1 ff.; ders., Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, S. 88, 60; Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884, S. 37 ff.; 108 ff. "Der Beamte ist nicht nur Staatsbürger, er ist zugleich Träger eines Teils der öffentlichen Autorität. Besondere Pflichten sind es, welche ihm in dieser Eigenschaft obliegen. Besondere Mittel stehen zur Verfügung, um deren Verletzung zu verhindern"; stenogr. Berichte der 2. Kammer, 1849, Bd. I, S. 137 ff., zitiert nach Stock, a.a.O., S. 193 Anm. 14.

57) Stock, a.a.O., S. 10.

Königs, die ein ihm treu ergebenes Beamtentum und Heerwesen[58] forderten.

Dementsprechend sind die Strafen für begangene Dienstpflichtverletzungen dienstlicher und außerdienstlicher Art überaus hart und reichen in leichteren Fällen von der Kassation über Leibes- und Freiheitsstrafen bis zur Todesstrafe in schweren Fällen.[59] Dienstpflichtverletzungen werden nicht nur als Verstöße gegen Sonderpflichten angesehen, sondern in schweren Fällen auch als Kriminaldelikte.[60] Gerichtlichen Rechtsschutz gegen willkürliche Entlassung hat es nicht gegeben;[61] die Rechtsbeziehungen des damaligen Beamten zu seinem Dienstherrn kann man daher nur als ein durch den Treuegedanken geläutertes Gewaltverhältnis bezeichnen. Von einem Beamten- und Disziplinar r e c h t darf man daher noch nicht sprechen, die neuzeitliche Entwicklung dieses Rechtsgebietes nimmt jedoch hier ihren unmittelbaren Ausgangspunkt.

---

58) Dagegen begründen Gerber, AöR n.F. 18, 19 und Köttgen, Beamtenrecht, S. 7 das Entstehen eines Berufsbamtentums mit dem Aufkommen der Staatsidee. Dies läßt sich mit gutem Grund bezweifeln, da erst Friedrich der Große die Trennung des Staates von seiner Person in seinem Staatsverständnis vollzogen hat. Die Auffassung steht auch nicht mit der allgemeinen historischen Entwicklung des Berufsbeamtentums in Einklang (s.o. über die Ministerialen); zur Entstehung einer modernen Staatsidee Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. I, cap. 3 § 7.
Was das Heerwesen auf militärischem Gebiet zur Durchsetzung der monarchischen politischen Ziele beitrug, sollte das Berufsbeamtentum auf dem Verwaltungssektor leisten. Es ist daher verständlich, wenn die Beamtenpflichten und das Disziplinarrecht durchaus militärischen Charakter trugen; Isaacsohn, Geschichte des preußischen Beamtentums, Bd. II, S. 116 ff., 123, 126. Hierin hat das bis in die Gegenwart andauernde elitäre disziplinarrechtliche Denken, das sich auch im Erziehungsanspruch des Dienstherrn widerspiegelt, eine seiner historischen Wurzeln.

59) Stock, a.a.O., S. 13.

60) Stock, a.a.O.

61) Bornhak, Pr. Staats- und Rechtsgeschichte, Berlin 1903, S. 267 ff.; ders., Pr. Staatsrecht, Bd. II, S. 11; Köttgen, Berufsbeamtentum, S. 9 u. 20 ff.; Isaacsohn III, S. 369.

b) Der Staatsdiener des aufgeklärten Absolutismus

Friedrich der Große übernimmt im wesentlichen die bewährten Grundsätze des von seinem Vater geschaffenen Berufsbeamtentums.[62] Es tritt jedoch eine entscheidende Änderung in der Rechtsstellung des Beamten ein. Entsprechend dem Verständnis des Königs von seiner Person, das zu einer Aufhebung der bisherigen Identität von Staat und Monarch führt, wird aus dem Fürstendiener der Staatsdiener.[63] Diese Entwicklung ist die konsequente Folge der Lehre vom Staat als einer eigenständigen Institution in der Form des Gesellschaftsvertrages.[64] Daß sich hierdurch, wie insbesondere auf Grund der Naturrechtslehre, auf deren Boden die Lehre vom Gesellschaftsvertrag gewachsen ist, die Rechtsstellung des Beamten verbessert hat, kommt in der Kodifizierung des Allgemeinen Landrechts von 1794 zum Ausdruck. Mit ihr erreicht diese Entwicklung ihren vorläufigen Abschluß.[65]

c) Das preußische Allgemeine Landrecht

Erst seit dem Jahre 1794 mit dem preußischen Allgemeinen Landrecht kann man von einem - wenn auch noch nicht eigen-

---

62) Die Gehorsamspflicht und die Handhabung der Dienstzucht sind milder geworden; dagegen wurde der Treuegedanke verstärkt; Stock, a.a.O., S. 14 f.

63) Köttgen, Berufsbeamtentum, S. 20; Stock, a.a.O., S. 15 f.; Preuß, Städtisches Amtsrecht in Preußen, Berlin 1902, S. 12 ff.; Gerber, a.a.O., S. 24 ff.; Brunner - v. Schwerin, Grundzüge der dt. Rechtsgeschichte, 8. Aufl., München 1930, S. 299; Eb. Schmidt, Rechtsentwicklung in Preußen, 2. Aufl., Berlin 1929, S. 22 ff.

64) Stock, a.a.O., S. 15.

65) Köttgen, Berufsbeamtentum, S. 20; Stock, a.a.O., S. 16.

ständigen - Disziplinarrecht sprechen.[66] Die geschichtliche Wurzel unseres Disziplinarrechts liegt in den sogenannten "delicta ministrorum principis" der gemeinrechtlichen Doktrin, worunter alle benannten und unbenannten Delikte, die ein Beamter begehen kann, und die sich später in den Amtsverbrechen des Reichsstrafgesetzbuches niedergeschlagen haben, verstanden werden.[67]

In Anwendung des Grundsatzes "nulla poena sine lege" werden diese Delikte in einem besonderen Abschnitt über die "Verbrechen der Diener des Staates" zusammengefaßt. Obwohl das Recht der Dienstpflichtverletzungen schon einige Besonderheiten aufweist, wird es unter der Herrschaft des ALR doch noch rein strafrechtlich aufgefaßt.[68] Das geht bereits daraus hervor, daß auf eine Dienstpflichtverletzung, sei sie krimineller Art oder ein bloßer Ordnungsverstoß, immer nur einmal und mit denselben Mitteln zu antworten war.[69] Eine

---

66) Nach Stock, a.a.O., S. 36 ff., ist damit die Schwelle der ausschließlichen Herrschaft des Strafrechts über alle Dienstvergehen zur Periode der Loslösung des Disziplinarrechts aus dem Strafrecht überschritten; vgl. dazu Maurach, Strafrecht AT, S. 8 und Eb. Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 93; a.M. K. Behnke, ZBR 63, 260 ff., der sich gegen Stocks Einteilung wendet; gegen ihn Wiese, Verw.Arch. 65, 213. Für die Entwicklung des Disziplinarrechts ist die sog. Inamovibilitätstheorie maßgebend (Beschränkung der Entlaßbarkeit des Staatsdieners nur durch "Urteil und Recht"; vgl. dazu Rehm i. Hirths Annalen 1884, S. 599; Stock, a.a.O., S. 146; Behnke, a.a.O., S. 264 und § 335 ALR II 20.

67) Stock, a.a.O., S. 37, 42 f., 145, 155 f.; Eb. Schmidt, a.a.O., S. 93; Maurach, a.a.O., S. 8.

68) Stock, a.a.O., S. 39, 159; ähnlich Hubrich, GerS. 75, 68, 72 ff.; Wiese, a.a.O., S. 213; dag. K. Behnke, a.a.O., S. 260, der darauf hinweist, daß das ALR bereits ein eigenes gerichtliches Verfahren für die Dienstvergehen der Beamten im strafrechtlichen Teil enthielt. Daraus geht allerdings nur hervor, daß der damalige Gesetzgeber bereits einen Unterschied empfunden hat, daß er diesem jedoch noch keinen dogmatischen und davon abhängigen systematischen Ausdruck verleihen konnte. Daher ist auch das ALR als der Beginn der 2. Periode nach Stock anzusehen.

69) Stock, a.a.O., S. 39.

doppelte Bestrafung findet nicht statt, da sie erst mit der Eigenständigkeit des Disziplinarrechts denkbar ist.

II. Die beginnende Entkriminalisierung des Disziplinarrechts

a) Das Schrifttum

In der ersten Hälfte des 19. Jhd. beginnt eine von der Strafrechtslehre[70] und der staatsrechtlichen Doktrin[71] befruchtete Entwicklung mit dem Ziel der Herauslösung des Disziplinarrechts aus dem Strafrecht, an deren Ende ein selbständiges, als Teil des Beamtenrechts, voll in das Staatsrecht integriertes Disziplinarrecht steht,[72] das nunmehr außer der korrektiven auch die epurierende Disziplin umfaßt.[73]

---

70) Auf der philosophischen Grundlage der Lehren Kants und Hegels über den absoluten Sinn staatlichen Strafens aufbauend, beginnt man in der ersten Hälfte des 19. Jhd., das Disziplinarrecht vom Strafrecht qualitativ mit dem Merkmal der Strafwürdigkeit abzugrenzen; vgl. etwa Hubrich, GerS. Bd. 75, 83 ff. Demgegenüber versucht Feuerbach von der Rechtsfolgenseite her abzugrenzen (Spezialprävention einerseits, Genalprävention andererseits; s. Feuerbach, LB des peinlichen Rechts, S. 426-452; vgl. auch Heffter, LB des Gemeinen Dt. Kriminalrechts, S. 558-565; ders. i. Neues Archiv für Kriminalrecht, Bd. 13 (188/932), S. 48 ff.; nach Labes i. Hirths Annalen 1889, S. 213 ff., ein Markstein in der Entwicklung des Disziplinarrechts.

71) Entscheidend ist, daß nunmehr die meisten Schriftsteller das Dienstverhältnis als ein öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut betrachten; vgl. v. Goenner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie, Landshut 1808, S. 213 f., 250 ff.; Meisterlin, Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Gesichtspunkten entwickelt, Cassel 1838, S. 44 ff. Besserung, dienstliche Interessen (v. Goenner) und Staatszweck (Meisterlin) sind die entscheidenden Gesichtspunkte.

72) Rehm i. Hirths Annalen 1884, S. 630 ff.; Bornhak, Pr. Staatsrecht II, S. 15 ff.

73) Zum Ganzen Stock, a.a.O., S. 161 ff.

Damit ist als wichtigste Folge nunmehr neben der Kriminalstrafe für dieselbe Handlung auch eine Disziplinarstrafe möglich, ohne daß allerdings eine dogmatische Klärung des neuen Teilrechtsgebietes schon gelungen wäre.[74]

b) Die Gesetzgebung

Die Kasuistik der Vorschriften der §§ 323 ff. II 20 ALR verlangte bald nach einer Verallgemeinerung der Tatbestände, die sich notwendigerweise als lückenhaft erwiesen. Von der napoleonischen Gesetzgebung in den rheinischen Ländern beeinflußt,[75] beginnen die Reformen des preußischen Disziplinarrechts im Jahre 1844 mit dem Gesetz, betreffend das gerichtliche und das Disziplinarstrafverfahren vom 29. März 1844.[76] Aber erst die Reformen des Jahres 1849[77] schaffen eine endgültige Klärung, die im Jahre 1851 mit dem Gesetz vom 7. Mai 1851,[78] betreffend die Dienstvergehen der Richter,[79] und im Jahre 1852 mit dem Gesetz, betreffend die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten,[80] zum Ab-

---

74) Vgl. dazu die folgenden Darstellungen.

75) Bereits das Gesetz v. 20.4.1810 "sur l'organisation de l'ordre judicaire et l'administration de la justice" kannte in Kap. 7, Art. 48-61 verselbständigte Disziplinarstrafen, die neben Kriminalstrafen verhängt werden konnten; darüber Wachinger, Verbrechen und Vergehen im Amte, S. 256.

76) GS. S. 77 ff. Es differenziert noch nach dem Gesichtspunkt der Strafwürdigkeit und kommt dementsprechend nur zu einer Alternativentscheidung in Amtsverbrechen und andere Dienstverfehlungen; dazu Stock, a.a.O., S. 188.

77) Vgl. o. Anm. 24, § 1. Allerdings verrät die Trennung in Amtsverbrechen und Dienstvergehen in § 4 bzw. § 5 nach wie vor dogmatische Unsicherheit. Stock, a.a.O., S. 194 hält diese allerdings nur für eine terminologische.

78) GS S. 218.

79) S. o. Anm. 24, § 1.

80) GS S. 465. In § 1 (§ 2) wird zum ersten Male das Dienstvergehen generalklauselartig unter Verwendung der Begriffe der Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit umschrieben; dazu Stock, a.a.O., S. 202 ff.

schluß gebracht werden. Das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873[81] hat die Regelung aus diesen Gesetzen im wesentlichen übernommen.

III. Deutungsversuche eines eigenständigen Disziplinarrechts

a) Die Theorie vom Spezialstrafrecht für Beamte[82]

Die lange Zeit herrschend gewesene Ansicht der Lehre,[83] der auch die Rechtsprechung[84] gefolgt war, faßte das Disziplinarrecht im Sinne eines Spezialstrafrechts auf, ausgehend davon, daß die Disziplinarstrafe Reaktion auf begangene Pflichtverletzungen, nicht ein Zwangsmittel zur Herbeiführung künftigen Wohlverhaltens darstellt. Diese Meinung konnte sich mit Recht darauf berufen, daß das Disziplinarverfahren dem Strafprozeß nachgebildet war.[85]

---

81) RGBl. I S. 71.

82) Vertreter sind u.a. Heffter, a.a.O.; G. Meyer, LB des Dt. Staatsrechts, S. 1519; ders. i. Hirths Annalen 1876, S. 672; Zorn, Das Staatsrecht des Dt. Reiches, Bd. I, S. 328 (nicht konsequent); Berner, LB des St. Strafrechts, S. 548; Meves i. v. Holtzendorffs Hdb. des Strafrechts III, S. 939 ff.; v. Rönné, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie I, S. 469.

83) Schütze, LB des Dt. Strafrechts, S. 522; ders. i.v. Holtzendorffs Rechtslexikon I, 9. Aufl., S. 97; Bülau i. Bluntschli-Braterschen Staatslexikon III, S. 140; v. Pölz, ebd., Bd. IX, S. 696 ff.; aus der neueren Literatur Wittland, DJZ 1934, Sp. 1192 ff.; BJahrb. 35, 623; DJ 35, 497 ff., 36, S. 1599 ff.; 37, S. 238; RDStO, 2. Aufl. 1941, S. 15 ff. Wittland folgert dies aus dem im wesentlichen gleichen Zweck, dem Schutz der öffentlichen Ordnung; dag. Reuß, JR 59, 129; ders. i. Verw.Arch. Bd. 42 (1937), S. 381 f., der mit Recht darauf hinweist, daß hier eine nicht mehr sinnvolle Abstraktion betrieben werde.

84) So z.B. PrOVGE 22, 429/445; abw. PrOVGE 61, 439 ff.; 94, 245 f.

85) Dies hat sich im Prinzip bis heute nicht geändert; s.o. Anm. 17, § 1.

Nicht hinreichend erklären kann jedoch diese Meinung die Verneinung des Grundsatzes "ne bis in idem" im Verhältnis zum Strafrecht; denn nach allgemeinen Grundsätzen müßte das Disziplinarrecht dem Strafrecht als leges speciales vorgehen und es ausschließen. Ihr Hinweis auf den Beamten als "duplex persona" überzeugt deshalb nicht, weil es sich zwar um zwei verschiedene Rechtsverhältnisse, aber um dieselbe Person handelt,[86] deren Vermögen z.B. bei der Geldbuße (-strafe) doppelt belastet wird. Es wird hierbei nicht etwa in ein Sondervermögen eingegriffen. Ferner gelingt es dieser Lehre nicht darzutun, warum auch eine verjährte Straftat noch disziplinarisch geahndet werden kann;[87] denn handelt es sich um täterbezogenes Spezialstrafrecht, muß der Grundsatz der Verjährung in gleichem Umfange gelten wie im allgemeinen Strafrecht.

b) Die staatsrechtliche Theorie[88]

Gegen die kriminalistische Auffassung wenden sich v.LISZT[89] und später LABAND,[90] beide mit verschiedenen Begründungen.

---

86) Auf die Einheit der Persönlichkeit kommt es aber entscheidend bei jeder Erziehungsstrafe an, und die Disziplinarstrafe ist nach dieser Theorie Erziehungsstrafe; vgl. Heffter, a.a.O.,

87) Eine Verjährung kennt das RBG ebensowenig wie das pr. Disziplinarrecht; vgl. Brand, Die Reichsbeamtengesetze, S. 311.

88) Vertreten von: v. Liszt i. Holtzendorffs Rechtslexikon II, S. 968 ff.; ders., LB des Dt. Strafrechts, § 58 II; Binding, Grundriß des Strafrechts AT, S. 84 ff.; ders., Hdb. des Strafrechts I, S. 796 ff.; Laband, Staatsrecht, S. 485; Hecker, GerS. 31, 481 ff.; Rehm, Hirths Annalen 1885, S. 191 ff.; Loening, Verwaltungsrecht, S. 127 ff.; V. Rheinbaben, Pr.Disziplinargesetze, Berlin 1904, S. 57; Schulze, Deutsches Staatsrecht I, S. 331; ausführliche Darstellung mit Literaturnachweisen bei Labes i. Hirths Annalen 1889, S. 213 ff.; H. Mayer, Zuchtgewalt und Strafrechtspflege, Leipzig 1922, S. 45 ff.

89) A.a.O.

90) A.a.O.

So leitet LISZT die staatsrechtliche Qualität des Disziplinarrechts aus dem Schutzobjekt des öffentlichen Dienstes ab, das im Gegensatz stehe zum Schutz der öffentlichen Rechtsordnung,[91] während LABAND[92] zu demselben Ergebnis gelangt, indem er das Disziplinarrecht auf die Dienstherrlichkeit des Dienstherrn stützt. Er meint, die Disziplinarstrafen seien keine Strafen im Sinne des Strafrechts, sondern Mittel zur Erhaltung der Zucht und Ordnung innerhalb des Dienstverhältnisses und zur Sicherung der Erfüllung der Dienstpflichten.[93] Die Disziplinarstrafe stehe anstelle der "Kontraktklage auf Leistung".

Demgegenüber sieht BINDING[94] in der Disziplinarstrafe ausschließlich ein pädagogisches Zuchtmittel für den Beamten wie für den gesamten Beamtenstand zur Wahrung der Würdigkeit und Reinheit der Amtsführung. Dieser Theorie[95] ist auch die Rechtsprechung[96] und die heute herrschende Mei-

---

91) Gegen diese Begründung läßt sich einwenden, daß auch der öffentliche Dienst zum Schutzbereich der öffentlichen Rechtsordnung zählt, was sich bereits aus der Existenz der Beamtendelikte im Strafrecht ergibt.

92) A.a.O.

93) Gegen die Lehre vom "speziellen Erfüllungszwang" (nach Stock, a.a.O., S. 209) Labands haben Mayer-Anschütz, Staatsrecht, S. 522, mit Recht eingewandt, daß der Erfüllungszwang die Entlassung nicht zu begründen vermag, daß gegen einen Geläuterten keine Disziplinarmaßnahme verhängt werden dürfte und daß die Disziplinarmaßnahme angedroht werden müßte; s.a. Stock, a.a.O., S. 211; gegen die Dienstherrlichkeit als Grundlage des Dienststrafrechts Gerber, AöR 18, S. 1, 61 ff.; ders., DÖV 51, 489 ff.

94) LB des Gemeinen Dt. Strafrechts, Bes. Teil, S. 400 ff.

95) Stock, a.a.O., S. 209, nennt sie die Theorie vom generellen Erfüllungszwang.

96) PrOVGE 61, 439, 442; anders noch PrOVGE 22, 428, 445, wo das Disziplinarrecht noch als ein Spezialstrafrecht für Beamte angesehen wurde.

nung[97] gefolgt unter Betonung des spezialpräventiven Gesichtspunktes.

c) Vermittelnde Theorien

Die Vertreter einer vermittelnden Auffassung[98] gehen in der Regel davon aus, daß die Sanktionen des Disziplinarrechts Pönalcharakter haben, das gesamte Rechtsgebiet erhalte jedoch aus dem typisch öffentlich-rechtlichen Zweck der Maßnahme, der Erziehung zu einem pflichtbewußten Beam-

97) Maurach AT, S. 8 ff.; Jagusch i. LK, S. 94 f.; Eb. Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 87 ff.; ders. i. Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil II, Rdnr. 20 zu § 264 StPO; Lindgen I, S. 1; Schütz, Disziplinarrecht, S. 73; Behnke, BDO, S. 59 ff.; ders. i. ZBR 63, 257 ff.; Thieme, DVBl. 57, 769; Reuß, DVBl. 63, 161; ders. i. DRiZ 63, 76; Thiele, DÖD 56, 85; ders. i. DÖD 58, 64; Arndt, DÖV 66, 809 ff.; Dau, DVBl. 68, 62 ff.; Kugeler, ZBR 60, 33 f.; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Verwaltungsrecht, S. 299; Merk, Verwaltungsrecht I, S. 584, der das Disziplinarrecht allerdings noch als Standesrecht betrachtet; Finger, ZBR 66, 44; Reuß, ZBR 63, 174; Gerber, DÖV 51, 472; Schmidt-Leonhardt, Hdb. des Dt. Staatsrechts II, S. 49 ff.; vgl. auch BDHE 1, 46 f.; 2, 77 f.; 3, 43; 5, 23 f.; Bayer.VerfGH i. Verw. Respr. 12, 515 unter Berufung auf die Integrationsfunktion des Beamtentums sowie die fehlende Entlaßbarkeit; worauf ein angebliches Erziehungsrecht gestützt wird. Ein berufsständisches Ehrenrecht nimmt vor allem Everling, RVBl. 34, 785; 35, 665 ff. an; dag. u.a. Reuß, JR 59, 129; Heyland, Deutsches Beamtenrecht, und die h.L. Eine Verwandtschaft mit dem Strafrecht nimmt heute, soweit ersichtlich, nur noch Polaszy, Die Anwendung des § 193 StGB im Beamtenrecht, Münchener Diss. 1959, S. 105 ff., an.

98) So etwa Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3.Aufl. 1924, Bd. II, S. 193 ff.; ähnlich auch W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931 (1948), S. 374; v.Bar, Hdb. des Dt. Strafrechts, Bd. I, Berlin 1882, S. 352 ff.; Labes i. Hirths Annalen 1889, S. 213 ff.; Merkel, LB des Strafrechts, § 16; Seydel, Bayer. Staatsrecht II, S. 271 ff.; auch Stock, a.a.O., S. 242, der im Disziplinarrecht ein Quasistrafrecht erblickt, dessen Mittel dem ordentlichen Strafrecht nachgebildet seien.

ten, seinen Standort.[99] Otto MAYER[100] nennt die Disziplinarstrafen daher auch "poenae medicinales".

Der Meinungsstreit läßt sich unter Verallgemeinerung auf folgenden Nenner bringen: Während die strafrechtliche Theorie einseitig auf das Mittel einer Nachbildung strafrechtlicher Rechtsfolgen abstellt und dabei den besonderen öffentlichen Zweck übersieht, geht die staatsrechtliche Theorie einseitig vom Zweck aus und vernachlässigt den jedenfalls für die Geldbuße strafrechtsähnlichen Charakter der disziplinarrechtlichen Sanktionen. Die Auffassung Otto MAYERs entspricht daher eigentlich bis heute bezüglich der Geldbuße dem Gesetzgebungsstand, obwohl sie im Ergebnis unbefriedigend ist. Es gilt daher für den Gesetzgeber eine Zweck-Mittel-Relation zu finden, die das Disziplinarrecht eindeutig von anderen Rechtsgebieten abgrenzt.

IV. Die neuere Gesetzgebung

Im kaiserlichen Deutschland nach 1871 wurden die Disziplinarvorschriften in das Reichsbeamtengesetz vom 13. März 1873[101] in den §§ 72 bis 133 übernommen, die sich an das preußische Gesetz vom 21. Juli 1852[102] anlehnen. Vereinheitlicht wurde das Disziplinarrecht in Deutschland durch die Reichsdienststrafordnung vom 26. Januar 1937,[103] deren wesentlichste Änderung die Bildung der Disziplinarrechtsprechungsorgane bei den Verwaltungsgerichten betraf (§§ 32, 41 RDStO). Die Reichsdienststrafordnung wurde nach dem Kriege durch die Kontrollratsgesetzgebung nicht aufgehoben.

---

99) Vgl. O. Mayer, a.a.O.; v. Bar, a.a.O.

100) A.a.O.

101) RGBl. S. 61.

102) PrGS. S. 465.

103) RGBl. I S. 71.

Nach ihrer Neufassung am 30. Juni 1950[104] wurde am 28. November 1952 das "Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Dienststrafrechts"[105] erlassen, worauf auf Grund des Art.2 dieses Gesetzes die erneut geänderte Reichsdienststrafordnung in der Bundesfassung als Bundesdisziplinarordnung[106] erging.

Die Disziplinargesetzgebung und mit ihr die Lehre ist allerdings auf halbem Wege zur Entkriminalisierung dieses Rechtsgebietes stehen geblieben. Dies kommt materiellrechtlich im Disziplinarmaßnahmenkatalog und dem Erziehungsanspruch des Dienstherrn zum Ausdruck. Weder läßt sich die Geldbuße allgemein als Erziehungsmittel, noch im besonderen als typisch verwaltungsrechtliche Maßnahme bezeichnen. Sie steht in unmittelbarer dogmatischer Nähe zur Geldstrafe,[107] während der Erziehungsgedanke bereits seit v. LISZT[108] seinen festen Standort in der Strafrechtsdogmatik in Form von Spezial- und Generalprävention (letzterer Gesichtspunkt allerdings schon seit FEUERBACH bekannt) gefunden hat.

Darüber hinaus sind Erziehungsmaßnahmen ein Charakteristikum des Unterwerfungsverhältnisses, in dem der Gewaltunterworfene in seiner Motivation im Sinne des Gewalthabers durch Maßnahmen, auch zwangsweiser Art, mittelbar beeinflußt werden soll (mittelbare Motivationssteuerung von außen). Unabhängig vom Problem des besonderen Gewaltverhältnisses[109]

---

104) BGBl. S. 306, 752.

105) BGBl. I S. 749.

106) BGBl. I S. 761; vgl. dazu die bei Lindgen I, S. 10, Anm. 3, angeführte Literatur.

107) Göhler, Anm. 3 vor § 1 OWiG; Jescheck, Strafrecht AT, S. 37; Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 207; Baumann, Strafrecht AT, S. 33; a.M. die früher h.L.; vgl. Maurach AT, S. 12 f.; s.u. § 9 II.

108) Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1882; darauf beruhend das "Marburger Programm".

109) Darüber eingehend unten § 7.

lassen sich hiergegen aus staatspolitischer Sicht Bedenken erheben.

Wenn auch historisch das Beamtenverhältnis ein personenrechtliches Unterwerfungsverhältnis ist, so tritt im modernen Rechtsstaat zum personenrechtlichen vorherrschend das öffentlich-rechtliche Element hinzu und unterscheidet damit das Beamten- vom Arbeitsverhältnis.[110] Dies wird dabei weniger durch die Art des Begründungsaktes bewirkt, als vielmehr durch das Amt als Funktionselement in den Rechtsbeziehungen des Beamten zu seinem Dienstherrn. Wichtigste Funktion des Beamten ist die objektive, neutrale Gesetzesvollziehung einschließlich der Verfassung, der auch die Treue- und Gehorsamspflicht prinzipiell nachgeordnet ist.[111] Ein Erziehungsanspruch ist mit der staatspolitisch eigenverantwortlichen Stellung des Beamten in der Bundesrepublik unvereinbar;[112] denn der Wille des Dienstherrn kann mit dem Geist der Verfassung in politischen Krisenzeiten in eklatantem Widerspruch stehen.

---

110) Dies folgt zwingend aus den Funktionen des Berufsbeamtentums in der parlamentarischen Demokratie, Sachlichkeit und Neutralität zu wahren; vgl. Herb. Krüger, Allg. Staatslehre, S. 42, 121, 268, 317 f., 938.

111) Arg. § 56 BBG durch Voranstellung der Eigenverantwortlichkeit des Beamten.

112) §§ 52 ff. BGB, 35 ff BRRG; § 55 BBG (Weisungsrecht) ist technischer Art, dient nur der Koordinierung des Verwaltungsermessens, einschließlich der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, und geht über den Einzelfall nicht hinaus. Rechtsgrundlage für generelle Anweisungen (Verwaltungsverordnungen) ist in Bayern Art. 55 Nr. 2 S. 2 BV.

2. Kapitel
ZUR AUSLEGUNG VON ART. 103 Abs. III GG

§ 4
Die grundsätzliche Geltung des Prinzips "ne bis in idem" im Verhältnis von Disziplinar- und Strafrecht

Herrschend[1] wird heute noch die Anwendung des Art. 103 Abs. III GG auf das Verhältnis von Straf- und Disziplinarrecht mit dem Hinweis darauf abgelehnt, Art. 103 Abs. III GG gelte nach seinem Wortlaut nur für die "allgemeinen Strafgesetze". Als ein weiteres Argument wird dann die geschichtliche Entstehung der Vorschrift herangezogen[2] und auf den Wesensunterschied der beiden Rechtsgebiete abgestellt.[3]

---

1) So etwa Holtkotten i. BK, Anm. II 4 b) zu Art. 103 GG, der jedoch mit der überwiegenden Meinung den Grundsatz "ne bis in idem" extensiv auch auf strafähnliche Sanktionen desselben Rechtssystems anwendet, also innerhalb des Disziplinarrechts; z.T. abw. Dürig i. Maunz-Dürig-Herzog, der zutreffend legislatorisch die Abgrenzung noch nicht als geglückt ansieht; Maurach AT, § 1 II c) 2 a); während z.B. Lindgen I, S. 742 auf den andersartigen Zweck des Disziplinarrechts abstellt. Auch das BVerfG stellt in seinen beiden Beschlüssen v. 2.5.1967 i. NJW 67, 1651 ff., aufrechterhalten in BVerfG i. NJW 70, 507 ff., auf den Wortlaut des Art. 103 Abs. III GG ab, hilfsweise auf die Teleologie der beiden Rechtsgebiete, wie auch die Vertreter der h.L., soweit sie auf den Wortlaut abstellen, diese Hilfsbegründung vornehmen; a.M. Rupp, NJW 67, 1651 f. und Baumann, JZ 67, 658.

2) Holtkotten, a.a.O.; Dürig, a.a.O.; so führt BVerfGE 3, 252 aus, daß die Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. III GG keinen Anhaltspunkt für eine inhaltliche Änderung gebe, die Vorschrift nehme daher auf den vorher geltenden Stand des Prozeßrechts Bezug; s.a. BVerfGE 9, 96; 12, 66; BGHSt 3, 16; 6, 123 f. Gegen diese Interpretation zu Recht Leisner, JZ 64, 201 ff.; ders., Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, Tübingen 1964, S. 286 f.; Dürig, a.a.O., Rdnr.

(Fortsetzung)

I. Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. III GG

a) Der Wortlaut

Art. 103 Abs. III GG verbietet eine mehrfache Bestrafung desselben Täters wegen derselben Tat auf Grund der "allgemeinen Strafgesetze".[4] Was ist unter dem letzten Begriff zu verstehen?

Das Strafrecht befaßt sich mit der Ahndung von Verbrechen im weiteren Sinne.[5] Der Strafrechtsdogmatik ist es allerdings bisher noch nicht gelungen, eine hinreichend bestimmte materielle Definition des apriorischen Verbrechensbegriffs zu geben,[6] weshalb herrschend angenommen wird, es

---

(Fortsetzung)

...131 zu Art. 103 Abs. III GG; Hamann, Anm. 5 zu Art. 103 GG. Die historische Interpretation ist nach allgemeiner Meinung jedoch nicht letztverbindlich (vgl. BVerfGE 1, 299 f., 312), durch sie würde auch eine Rechtsfortbildung unmöglich gemacht. Art. 123 Abs. I GG verlangt eine Interpretation, die Art. 103 Abs. III GG mit den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen des Grundgesetzes in Einklang bringt.

3) In diesem Sinne argumentiert vor allem die h.M. in der Disziplinarrechtsliteratur; so z.B. Lindgen, a.a.O.; Behnke, Anm. 37 zu § 32 BDO; hilfsweise allerdings auch die Rspr., vgl. BVerfGE 21, 403 ff.; BDHE 2, 59, 79; 7, 190 ff.

---

4) Wiese, Verw.Arch. 65, 207 bezeichnet die Formulierung des Art. 103 Abs. III GG zu Unrecht als Tautologie, da sowohl das Einzelfallgesetz wie auch das Sondergesetz (ius proprium) Gesetze im materiellen Sinne sind; Nachweise bei Wiese, a.a.O., Anm. 20.

5) Der Begriff des Verbrechens i.e.S. ergibt sich aus § 1 StGB.

6) Maurach AT, S. 117 f. hebt mit Recht hervor, daß alle soziologischen Versuche der Verbrechensdefinition nur eine Richtschnur für den Gesetzgeber sein können; ähnlich auch v. Liszt-Schmidt, S. 147; Welzel, Strafrecht, S. 59 f.; Sax i. Hdb. der Grundrechte, Bd. III/2, S. 910 ff.

gebe keinen.[7] Man knüpft daher allgemein formell an den gesetzlichen Tatbestand bei der Definition des Strafrechts an.[8] Damit hätte es aber der Gesetzgeber in der Hand, durch Herausnahme von Tatbeständen aus dem materiellen Strafrecht und Überführung in das Ordnungswidrigkeiten- oder Disziplinarrecht das Grundrecht wenigstens teilweise leerlaufen zu lassen. Er könnte den Inhalt des Grundrechts im Wege der einfachen Gesetzgebung grundsätzlich nach seinem Belieben bestimmen, obwohl ihm ausdrücklich ein solcher Regelungsvorbehalt nicht eingeräumt ist. Der sog. Kernbereich des Strafrechts[9] wäre hierbei nur eine ungenügende, da zu unbestimmte, Sperre.

Was die weitere Beschränkung der Bestimmung auf die "allgemeinen" Strafgesetze betrifft, so ist der Wortlaut mehrdeutig; denn gemeint sein kann sowohl allgemeines, für jedermann geltendes Recht (ius commune), als auch allgemeines Recht, das für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen gelten soll. Aufschluß hierüber gibt die Entstehungsgeschichte[10] der Norm.

b) Die Entstehungsgeschichte

Ursprünglich hatte der entsprechende Art. 136 Abs. II des Herrenchiemseer Entwurfs gelautet: "Niemand darf wegen derselben Tat zweimal gerichtlich bestraft werden."[11] Statt dessen wurde auf Anregung des allgemeinen Redaktionsausschusses die jetzige Formulierung vorgezogen um klarzustellen,

---

7) Vgl. die in Anm. 6 genannte Literatur; insbesondere Maurach, a.a.O.

8) So die strafrechtlich relevante Definition nach allgemeiner Meinung; s. Maurach AT, S. 117.

9) BVerfGE 22, 81.

10) Vgl. dazu v. Doemming-Füßlein-Matz, JöR n.F. Bd. 1 (1951), S. 741 ff.; Holtkotten i. BK, Anm. I zu Art. 103 GG; Wiese, a.a.O., S. 208 f.

11) Holtkotten, a.a.O.

daß neben einer strafrechtlichen auch eine disziplinarrechtliche Bestrafung zulässig sein solle.[12] Offenbar spielte hierbei noch die Vorstellung vom Disziplinarrecht als Sonderstrafrecht für Beamte eine gewisse Rolle.

In der Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege vom 6. Dezember 1948 wurde dann klargestellt, daß der Begriff "allgemeine Strafgesetze" nicht das Sonderstrafrecht für bestimmte Täter ausschließen solle, sondern gleichbedeutend sei mit dem "eigentlichen Strafrecht".[13] Übersehen hatte der Ausschuß jedoch offenbar, daß der Grundsatz "ne bis in idem" auch innerhalb des Disziplinarrechts Anwendung finden kann. Jedenfalls läßt sich aus der Entstehungsgeschichte nichts Gegenteiliges entnehmen.

Der Wortlaut verbietet allerdings eindeutig die Anwendung des Art. 103 Abs. III GG innerhalb des Disziplinarrechts, eine Interpretation, die nicht von der Entstehungsgeschichte gedeckt ist. Dies ist der Ausgangspunkt für Zweifel an der Wortinterpretation und der historischen Interpretation der herrschenden Meinung.

c) Die Geltung des Grundsatzes innerhalb des Disziplinarrechts

Sowohl die Rechtsprechung,[14] als auch die herrschende Lehre[15] wendet Art. 103 Abs. III GG innerhalb des Disziplinarrechtssystems an. Mehrere Disziplinarverfahren sollen jedoch dann nach der Auffassung des ehemaligen Bundesdiszipli-

---

12) Wiese, a.a.O.

13) Wiese, a.a.O.

14) BVerfGE 3, 149; BayVerfGHE 11, 18 f.; BDHE 2, 79 f.; LVG Rh.-Pf., DÖV 52, 472; OVG Lüneburg, DVBl. 51, 576.

15) Holtkotten i. BK, Anm. 4 b) zu Art. 103 Abs. III GG; Behnke, BDO, Anm. 30 ff. zu § 32 BDO; Dürig, a.a.O., Rdnr. 129 zu Art. 103 Abs. III GG; Wenzel, Dienststrafrecht in Bayern, S. 9.

narhofs[16] zulässig sein, wenn sie verschiedene Beamtenverhältnisse betreffen. Es erscheint jedoch fraglich, ob ein Beamter wegen einer Handlung sowohl zu einem ordentlichen Beamten der X-Körperschaft, als auch zu einem solchen der Y-Körperschaft durch Disziplinarmaßnahmen angehalten werden kann, soll doch nach allgemeiner Auffassung[17] die Disziplinarmaßnahme an das Gesamtverhalten des Beamten, d.h. an die Person, anknüpfen. Die Person aber ist unteilbar, so daß jemand nur generell zu einem pflichtbewußten Beamten erzogen werden kann. Auf das konkrete Rechtsverhältnis darf es daher konsequenterweise nicht ankommen. Es handelt sich auch um dieselbe Pflicht zu ordnungsmäßigem Verhalten, wenn sie auch verschiedener Rechtsgrundlage entspringen mag, nicht um eine Verletzung mehrerer Pflichten.[18] Wenn dennoch im Ergebnis richtig auf das konkrete Rechtsverhältnis abgestellt werden soll, so ist hierfür der Erziehungsgedanke als Zweck der Disziplinarmaßnahme ungeeignet.[19]

Da doch Art. 103 Abs. III GG zumindest innerhalb des Disziplinarrechts gilt, kann mit Recht gefragt werden, ob nicht der Beschränkung des Grundrechts auf die allgemeinen Strafgesetze jede Bedeutung abgesprochen werden muß.

Art. 103 Abs. III GG ist unstreitig eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips.[20] Es hat hier ein allgemeiner Grund-

---

16) BDHE 2, 80; 6, 35, 37; s.a. Behnke, BDO, Anm. 35 zu § 32 BDO.

17) Lindgen I, S. 130, 170, 354.

18) Vgl. zum Problem der Pflichtidentität bei mehrfacher Rechtsgrundlage Larenz, Methodenlehre, 1969, S. 206.

19) Insoweit handelt es sich um eine systemimmanente Kritik.

20) Das Rechtsstaatsprinzip kommt hier in seiner Alternative der Rechtssicherheit zur Anwendung; Dürig, a.a.O., Anm. 124 zu Art. 103 Abs. III GG; zum Rechtsstaatsprinzip vgl. BVerfGE 3, 253; BGHSt 3, 15; 5, 329.
Eine erneute Verurteilung verstößt allerdings auch gegen das materielle Gerechtigkeitsgebot.

satz seinen rechtlichen Ausdruck gefunden, der sich auf die materielle Rechtskraft[21] von gerichtlichen Entscheidungen bezieht und im Prinzip auf die Bestandskraft[22] aller staatlichen Akte[23] ausgedehnt werden muß, und zwar, soweit sie einem System des Strafrechts im weiteren Sinne[24] angehören, unmittelbar nach Art. 103 Abs. III GG, sonst nach Art. 20 Abs. III GG. Die extensive Interpretation rechtfertigt sich also aus dem Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip.[25]

II. Die Theorie von der systeminternen Geltung des Art. 103 Abs. III GG

a) Herrschende Meinung und Rechtsprechung

Allgemein wird heute Art. 103 Abs. III GG so ausgelegt, daß unter das Verbot der Doppelbestrafung nur Strafen desselben Rechtssystems fallen,[26] wobei der Begriff der Strafe weit aufzufassen ist, da sonst die Erweiterung auf Strafen

---

21) Im Sinne eines Verbrauchs der Strafklage; KMR, S. 85.

22) Soweit es sich um Verwaltungsakte handelt. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 348 ff. unterscheidet je nach den Wirkungen für den Betroffenen oder die Verwaltung zwischen Bestandskraft und Rechtskraft eines Verwaltungsaktes.

23) Nicht nur von Gerichtsentscheidungen, da Strafen i.w.S. auch von Verwaltungsbehörden verhängt werden können; s. § 35 OWiG.

24) Vgl. dazu die folgende Darstellung.

25) Es handelt sich um korrigierende Gesetzesinterpretation; darüber Larenz, Methodenlehre, S. 311 ff., 350 ff. und u. S. 69 Anm. 78.

26) Holtkotten i. BK, Anm. II 4 b) zu Art. 103 GG; Dürig, a.a.O., Rdnr. 129 zu Art. 103 Abs. III GG.

desselben Systems nicht recht verständlich wird. Es gilt daher den Begriff der Strafe im weiteren Sinne zu definieren.

Er umfaßt alle hoheitlichen Maßnahmen des Staates oder mit Hoheitsgewalt ausgestatteter juristischer Personen des öffentlichen Rechts unterhalb der institutionalisierten Staatsebene, die ein anderes Rechtssubjekt[27] wegen eines schuldhaft[28] begangenen Unrechts in seiner Rechtsposition[29] trifft, ohne daß durch die neue Übelzufügung das alte Übel rechtlich[30] bereinigt wäre. Strafe ist daher nicht nur Übelzufügung wegen eines begangenen Übels; denn unter diese Definition[31] fällt auch der Schadensersatz. Wesentlich ist, daß das neue Übel ein zusätzliches Übel darstellt, das nicht auf Beseitigung des alten Übels gerichtet ist, indem es auf den bloßen Verletzungstatbestand abstellt.

Legt man diesen Begriff der Strafe zugrunde, unter den sowohl die Geldbuße des Disziplinarrechts, als auch diejenige des Ordnungswidrigkeitenrechts fällt, so ist die herrschende Auffassung, die Art. 103 Abs. III GG ausdehnend auch inner-

---

27) Hierunter fallen auch juristische Personen, obwohl sie selbst nicht verschuldensfähig sind. Allenfalls könnte man an eine Anrechnung, nicht Zurechnung wegen des höchstpersönlichen Charakters der Verschuldensfähigkeit, des Verschuldens der Organe denken; § 26 OWiG.

28) Das Schulderfordernis kann nur für natürliche Personen gelten, da es Ausfluß der sozialen Verantwortung des Menschen als eines sittlich handelnden Wesens für sein Verhalten ist; s.a. §§ 2 BDO, 77 Abs. I BBG; 1, 26 OWiG.

29) Hierunter fällt auch und insbesondere das Vermögen, obwohl kein subjektives Recht.

30) Rechtlich ist eine Unrechtshandlung erst dann bereinigt, wenn auch die Unrechtsfolgen beseitigt sind. Unabhängig davon kann der Staat allein den Normverstoß unter Strafe stellen, was mit den verschiedensten Begründungen gerechtfertigt wird; dazu s.u. § 9 I.

31) So aber Max Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, S. 317; Maurach AT, S. 63.

halb des Disziplinarrechts anwendet, zutreffend. Die Schwierigkeit besteht nunmehr in der Abgrenzung der verschiedenen Strafrechtssysteme im weiteren Sinne.

b) Strafe und Maßnahme im Disziplinarrecht

Es ist einleuchtend, daß eine strafrechtliche Verurteilung eine nachfolgende Verurteilung zur Schadensersatzleistung nicht ausschließt. Dies folgt aus der Tatsache, daß der Schadensersatz keine Strafe im weiteren Sinne ist; denn sie dient unmittelbar der Wiedergutmachung des angerichteten Schadens. Dagegen handelt es sich bei der Geldbuße des Disziplinarrechts wie bei der Geldstrafe um ein neues und zusätzliches Übel, durch das die Wirkungen des alten Übels (Pflichtverletzung mit Folgen) nicht beseitigt werden können und sollen.

Auch trifft die Disziplinar-"maßnahme" heutiger Prägung[32] den Beamten in seiner sozialen Wertigkeit als Beamter und Individuum.[33] Sollte daher die weitere Untersuchung ergeben, daß die Disziplinarmaßnahme ihrer Wirkung nach einer Kriminalstrafe gleichkommt, so können alle Hinweise auf die Systemverschiedenheit allein aus einer angeblich verschiedenen Zwecksetzung die Anwendung des Art. 103 Abs. III GG nicht hindern.[34]

---

32) Maßgebend hierfür sind der Erziehungsgedanke und die Geldbuße.

33) Eine Trennung, die häufig versucht wird, um eine Abgrenzung des Disziplinarrechts vom Strafrecht zu finden, ist allerdings undurchführbar, da die soziale Geltung eines Menschen primär die Folge seiner beruflichen Stellung ist; anders aber, auf Eb. Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 91 ff. zurückgehend, Thieme, DVBl. 57, 769 ff. und Maack, Grundlagen des studentischen Disziplinarrechts, S. 84. Demgegenüber betonen schon Erler, Freiheit und Grenze der berufsständischen Selbstverwaltung, S. 39, und Scheuner, DVBl. 55, 138 ff. den ausschließlichen Ordnungscharakter der Disziplinarmaßnahmen ohne ethischen und berufsethischen Gehalt.

34) Hierauf weisen auch Lindgen, BayBZ 67, 149; Thieme, Der öffentliche Dienst, S. 80, und Dürig, a.a.O., Rdnr. 128 zu Art. 103 Abs. III GG, hin, der die Auffassung vertritt, daß das Disziplinarrecht heutiger Prägung vom Sühnegedanken des Strafrechts nicht frei sei.

c) Die Systembildung im allgemeinen

Der Frage nach der Zulässigkeit einer mehrfachen Bestrafung im Disziplinar- und Strafrecht liegt das allgemeine Problem zugrunde, wie sich eine unterschiedliche Bewertung desselben Gegenstandes in Form mehrerer rechtlicher Sanktionen rechtfertigen läßt.

Zulässig erscheint die Doppelbewertung, wenn derselbe Gegenstand unter verschiedenen rechtlichen Topoi gewürdigt werden kann und die unterschiedliche Würdigung sich in einer qualitativ andersartigen Rechtsfolge auswirkt, wobei zwischen den beiden Voraussetzungen ein Verhältnis der Angemessenheit[35] bestehen muß.

Die Interessenjurisprudenz[36] hat den nur beschränkten Erkenntniswert eines logisch-begrifflichen Systems erkannt und mit dem Hinweis auf die "dem abstrahierenden Denken innewohnende Tendenz zur Sinnentleerung und zur Ausbildung kontradiktorischer Gegensätze"[37] die Lösung von Rechtsproblemen nach einer Wertung der Interessen der Beteiligten vorgenommen.

Da aber auch die Interessenjurisprudenz ohne Bezugspunkte nicht auskommt, weil sie sich sonst in einer bloßen, der Rechtssicherheit abträglichen, Einzelfallgerechtigkeit erschöpft, nimmt sie allgemeine juristische Gesichtspunkte (sog. juristische Topoi)[38] als Wertmaßstäbe zu Hilfe. Die

---

35) Grundsatz des Übermaßverbotes; dazu s.u. § 10 II b).

36) Sie geht zurück auf Ihering, der auf die soziale Funktion des Rechts hingewiesen hat: Der Zweck im Recht, Bd. I, 3. Aufl. 1893; Bd. II, 2. Aufl. 1886. Ihr Hauptvertreter ist Heck, AcP 112, 1 ff.; ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912; ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932.

37) Formulierung bei Larenz, Methodenlehre, S. 419.

38) Ihre Brauchbarkeit wird von Diederichsen, NJW 66, 697 und Zippelius, NJW 67, 2229 angezweifelt; vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 150 ff.

topische Methode verneint überhaupt jedes Rechtssystem.[39] Die Topoi können jedoch in der gewaltenteilenden Demokratie nur aus den Normen der Gesetze (hilfsweise des außerpositiven Rechts) entnommen werden, die wiederum ihren eigentlichen Sinn nicht für sich betrachtet, sondern im Zusammenhang mit anderen Normen eröffnet. Dieser Sinnzusammenhang macht allerdings das System eines Rechtsgebietes aus. Das System ergibt sich somit aus einem durch Wertung gewonnenen Sinnzusammenhang mehrerer Normen, nicht aus logischen Begriffen.

Die Wertungsjurisprudenz, die ihre Kategorien aus der Würdigung der Interessenlage unter Beachtung des durch eine funktionale und typologische Betrachtungsweise gewinnt, ist heute im Vordringen begriffen.[40]

Die andere moderne Richtung in der Rechtswissenschaft wird von der Rechtssoziologie[41] vertreten. Ihre sinnimmanente Grenze liegt aber, auch soweit sie sich als wertende Sozio-

---

39) Hauptvertreter sind Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, vgl. S. 179, 195 ff.; Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 3. Aufl. 195 ; zustimmend auch Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., S. 596, Anm. 48; Horn, NJW 67, 601 ff.

40) Larenz, a.a.O.

41) Hauptvertreter ist Franz Jerusalem, Die Zersetzung im Rechtsdenken, 1968; Kritik der Rechtswissenschaft, 1949, insbesondere S. 11 u. S. 51, wo es heißt, das Recht sei eine Funktion des sozialen Lebens. Das trifft sicherlich zu, ist jedoch nur die halbe Wahrheit; denn ebenso ist das soziale Leben eine Funktion des Rechts. Deutlich wird diese Tatsache durch das gegenwärtige Streben des Gesetzgebers, dem Umweltschutz durch gesetzliche Normen Effizienz zu verleihen. Darauf, daß die Rechtssoziologie nur eine Hilfsfunktion gegenüber der Rechtsdogmatik erfüllt, hat insbesondere Ernst E. Hirsch, Das Recht als soziales Ordnungsgefüge, 1966, S. 17, 44 f., hingewiesen; ebenso Larenz, a.a.O., S. 436.

logie[42] versteht, im Fehlen eines konkreten Bezugspunktes bei der Rechtsanwendung. Auch ist ihre Grundthese, daß alles Recht nur aus der Überzeugung des Volkes und aus den sozialen Gegebenheiten selbst erwachse, in Anbetracht der heute überwiegenden Verwaltungsgesetze, die lediglich technische Abläufe regeln und mit dem Gefühl von Recht und Unrecht nicht faßbar sind, falsch. Diese Theorie übersieht, daß es neben dem gewachsenen auch das geschaffene Recht gibt. Sie vermischt in unzulässiger Weise die verschiedenen Fragen nach dem Entstehungstatbestand einer Norm und ihrer Legitimität, also den Unterschied von Legalität und Legitimität, den es nach ihr nicht geben dürfte, was mit der Historie allerdings kaum in Einklang steht. Schließlich übersieht diese Auffassung auch die eine, sehr wichtige Seite der Doppelfunktion des Rechts, nämlich die Aufgabe, das soziale Leben aktiv zu steuern und wenn nötig auch "umzufunktionieren", und dies nicht nur im unmittelbar wertungsfreien Raum vieler Verwaltungsgesetze.

Es ist also festzuhalten, daß es rechtserkenntnisfähige Rechtssysteme gibt, soweit sie auf einer wertenden und funktionalen Betrachtung beruhen.

Der herrschenden Lehre, die die Geltung des Art. 103 Abs.III GG im Verhältnis Disziplinar-, Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht mit dem Hinweis auf die Systemverschiedenheit ablehnt,[43] muß entgegengehalten werden, daß die systematische Methode hier insoweit versagt, als es bisher nicht

---

42) Insofern überschreitet sie jedoch ihre wesensimmanenten Grenzen; denn die Wertmaßstäbe kann sie nur aus anderen Wissenschaftszweigen (insbesondere der Rechtspolitik, der Philosophie, der Volkswirtschaftslehre etc.) entnehmen. Demgemäß versteht Max Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1922, S. 403 ff. die Soziologie nur als "verstehende Methode" zur Erforschung von Kausalzusammenhängen, während Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 1 ff. die Soziologie nur als reine Tatsachenwissenschaft betrachtet.

43) S. o. § 4 Anm. 1, 2 und 3.

gelungen ist, das sich aus strafrechtlichen,[44] arbeitsrechtlichen[45] und verwaltungsrechtlichen[46] Elementen zusammensetzende Disziplinarrecht eindeutig zu definieren. Deutlich zeigt dies das Bestreben des Gesetzgebers nach einer Entkriminalisierung des Disziplinarrechts.

Mischformen kann man nur durch eine teleologische Methode erklären, wobei allerdings auch sie ihre Grenzen hat, die sich daraus ergeben, daß einer im wesentlichen gleichartigen Sanktion durch Unterschieben eines anderen Zweckes und Umbenennung ein scheinbar qualitativ anderer Charakter gegeben werden kann. Um dies zu verhindern, hat eine natürliche Betrachtungsweise der Sanktion, losgelöst vom Willen des Gesetzgebers, Platz zu greifen.

Die Systemargumentation der herrschenden Meinung stößt auch insofern auf grundsätzliche Bedenken, als eine teleologische Systembildung durch sich überschneidende Normzwecke problematisch wird.[47]

---

44) Die Disziplinarstrafe ist zum Teil zusätzliche Übelzufügung im Sinne einer Repression und damit Strafe im weiteren Sinne.

45) Das Disziplinarrecht dient der Durchsetzung einer verwaltungsinternen Sozialordnung und weist insofern mit dem arbeitsrechtlichen Betriebsordnungsrecht einige Gemeinsamkeiten auf. Von der h.M. wird es auch als Ausgleich für eine fehlende Kündbarkeit des Beamten angesehen.

46) Das Disziplinarrecht ist auf einen verwaltungsrechtlichen Zweck gerichtet und erhält hieraus seinen Gesamtcharakter.

47) Hierzu schreib Larenz, Methodenlehre, S. 315: "Möglich ist aber auch, daß der Gesetzgeber einen Widerspruch seiner Zwecke nicht gesehen, die erforderliche Abstimmung der Zwecke nicht vorgenommen hat. Dann ist das 'Ganze der Zwecke' dem Interpreten nicht vorgegeben, sondern aufgegeben." Die Bildung eines solchen widerspruchslosen und sich in der Teleologie nicht mit anderen Systemen überschneidenden Systems soll in dieser Arbeit versucht werden.

§ 5

Der Tatbestand des Art. 103 Abs. III GG im einzelnen

I. Derselbe Täter

a) Die verschiedenen Täterkreise

Der Disziplinierung nach der Bundesdisziplinarordnung unterliegen gemäß § 1 Abs. I BDO alle unmittelbaren[48] und mittelbaren[49] aktiven und Ruhestandsbeamten nach dem Bundesbeamtengesetz, unabhängig von ihrem beamtenrechtlichen Status, wie er sich aus der Ernennungsurkunde ergibt (§ 6 BBG). Gegen Beamte auf Probe oder auf Widerruf sind als Disziplinarmaßnahmen jedoch nur Verweis und Geldbuße zulässig (§ 5 Abs. III BDO). Beamte, die einer Dienststelle mit Sitz in Berlin angehören, unterliegen einem Sonderstatus.[50]

Der Kreis der möglichen Täter einer strafbaren Handlung und einer Dienstpflichtverletzung ist nur teilweise identisch. Kongruenz besteht insoweit, als jeder Beamte zugleich Täter einer strafbaren Handlung sein kann, nicht aber umgekehrt. Es ergibt sich somit für den Täterkreis das Bild zweier konzentrischer Kreise mit ungleichem Radius, von denen der größere die Gruppe der Beamten meint. Für den Bereich der Deckung ist daher die Möglichkeit einer Personidentität gegeben, soweit das Verhalten des Beamten zugleich den Tatbestand eines Strafgesetzes und einer Dienstpflichtverletzung erfüllt. Das kann bei einem allgemeinen oder auch

---

48) Das sind alle Beamten der bundeseigenen Verwaltung; Art. 87 S. I GG.

49) Das sind alle Beamten bundesunmittelbarer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts; Art. 87 Abs. II und III GG.

50) Ziffer 4 des Genehmigungsschreibens der Alliierten vom 12.5.1949 aus Anlaß des Inkrafttretens des Grundgesetzes.

einem echten oder unechten Sonder-(Beamten-)delikt der Fall sein. Besonders problematisch ist die Doppelbestrafung bei Sonderdelikten, da hier die Beamteneigenschaft bereits im objektiven Tätermerkmal des Straftatbestandes ihren Niederschlag gefunden hat und über die gesetzliche Strafdrohung und die Strafzumessung Eingang in das Strafurteil findet.

b) Der Beamte als "duplex persona"

Von manchen Vertretern[51] der herrschenden Lehre wird die Zulässigkeit der Doppelbestrafung mit dem Hinweis darauf begründet, der Beamte sei Täter einer strafbaren Handlung in seiner Eigenschaft als Staatsbürger, während bei der Dienstpflichtverletzung seine Eigenschaft als Staatsdiener, der einem besonderen Pflichtenkodex unterliege, in den Vordergrund trete. Insofern wird auf die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis verwiesen.[52]

Die Täteridentität kann jedoch mit dieser Begründung nicht geleugnet werden, da es sich doch nur um zwei verschiedene Rechtsverhältnisse desselben Rechtssubjekts handelt. Auf die Identität einer unteilbaren Personhaftigkeit kommt es jedoch entscheidend an. Außerdem hat dieses Argument bereits für die Beamtendelikte des Strafrechts keine Gültigkeit.[53] Auch hier ist das geschützte Rechtsgut die Inte-

---

51) So z.B. Linden I, S. 743; Faust, ZBR 67, 79; Thieme, DVBl. 57, 796 ff.; Maack, Grundlagen des studentischen Disziplinarrechts, S. 84; Maurach AT, S. 9, die sich auf die grundlegende Arbeit von Eb. Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 866, stützen, der das Disziplinarrecht aus berufsethischer Sicht betrachtet.

52) Vgl. insbesondere Faust, a.a.O.

53) Dem kann von der h.M. nicht entgegengehalten werden, beim Disziplinarrecht handele es sich lediglich um das Innenverhältnis, während es bei den Beamtendelikten des Strafrechts um das externe Verhältnis geht (vgl. aber Maurach, a.a.O., S. 9); denn das Disziplinarrecht wird von ihr gerade auch mit dem Hinweis auf die Integrationswirkung (staatspolitisches Außenverhältnis) gerechtfertigt; so z.B. Behnke, a.a.O., S. 55 f.; Schütz, a.a.O., S. 69 ff.; Claussen-Janzen, BDO, S. 1.

grität des Beamtentums sowie die damit eng verknüpfte Funktionsfähigkeit öffentlicher Institutionen.[54]

Demgegenüber wird bisweilen behauptet, der Begriff der öffentlichen Aufgabe sei zu unbestimmt und könne daher zur Abgrenzung "staatlich gebundener Berufe" von privaten Berufen nicht verwendet werden, so würden auch alle privaten Arbeitnehmer letztlich durch ihre Tätigkeit zum öffentlichen Wohl beitragen.[55] Es besteht jedoch ein Unterschied, ob eine Tätigkeit unmittelbar oder nur mittelbar dem Gemeinwohl dient. Ohne diese Differenzierung verfällt man in eine sinnentleerende Abstraktion, die auch notwendigerweise die in unserem Rechtskreis bestehende Trennung von privatem und öffentlichem Recht leugnet. Die dem öffentlichen Wohle in ihrer Berufsausübung unmittelbar dienenden Berufs-

---

54) Während Maurach, Bes.T., § 81 II A, nur das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Reinheit der Amtsführung als geschütztes Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB bezeichnet, begreift Schönke-Schröder, Vorb. I 1 vor § 331 StGB das geschützte Rechtsgut als Komplex verschiedener Komponenten, u.a. auch die Integrität der Staatsverwaltung; s.a. Kohlrausch-Lange, Anm. II zu § 331 StGB; z.T. abw. Mezger-Blei, StuB. II, S. 286; Welzel, Strafrecht, S. 537.

55) So z.B. Rehbinder, Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortung der Presse, S. 24 f.; Bethge, Der verfassungsrechtliche Standpunkt der staatlich gebundenen Berufe, S. 116 f. mit weiteren Nachweisen. Überwiegend wird der Begriff des "Öffentlichen" für eine Zone zwischen "legitimiertem Eigennutz des Einzelnen" und dem "Komplex institutionalisierter Staatlichkeit" gebraucht; vgl. Bethge, a.a.O., S. 120; Herb. Krüger, Allg.Staatslehre, S. 319; Scheuner, VVDStRL Heft 22 (1965), S.31 f. Der Begriff dient jedoch auch der materiellen Ausfüllung des Begriffs der Staatsverwaltung; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 10 ff., der den Versuch unternimmt, den Begriff der Verwaltung positiv zu bestimmen. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe ist zwar ein notwendiges, jedoch kein hinreichendes Kriterium zur Umschreibung der Staatsverwaltung, da er auf die gesamte Staatstätigkeit unter Ausschluß der rein fiskalischen, auf den gesamten öffentlichen Dienst und die sog. staatlich gebundenen Berufe anzuwenden ist. Über die verschiedenen Öffentlichkeitsweisen ausführlich Scholler, Person und Öffentlichkeit, S. 74 ff.

kreise sind dem öffentlichen Recht stärker unterworfen als rein private Arbeitnehmer, sie erleiden dadurch auch notwendigerweise eine stärkere Einbuße an privatem Bereich.

Die Unterscheidung Staatsbürger - Staatsdiener hat daher grundsätzlich ihre Berechtigung, wenn sie auch nur, soweit es sich um dieselbe Person handelt, verschiedene Rechtsbeziehungen ein und derselben Person betrifft. Die Personidentität wird dadurch nicht berührt. Aus diesem Grunde kann nur eine solche Disziplinarmaßnahme zusätzlich gerechtfertigt sein, die den Beamten ausschließlich in seinem besonderen Status trifft, also eine Regelung der besonderen Rechtsbeziehungen darstellt. Demgegenüber erfaßt der Erziehungsgedanke den individual-persönlichen[56] und die Geldbuße den allgemein-vermögensrechtlichen Status des Beamten.[57]

II. Die Identität der Tat

a) Die Einheit des historischen Vorgangs

Niemand darf wegen "derselben Tat" mehrmals bestraft werden. Art. 103 Abs. III GG verlangt nach herrschender Auffassung[58] die Identität des historischen Vorganges, auf die materiell-rechtliche Würdigung kommt es daher prinzipiell nicht an,[59] ebensowenig auf den juristischen Handlungsbe-

---

56) Die Persönlichkeit des Menschen ist unteilbar. Zu einem guten Beamten und guten Staatsbürger getrennt erziehen zu wollen, ist daher schizophren.

57) Es wird auch nicht etwa nur in das Recht auf die Dienstbezüge vollstreckt.

58) Dürig, a.a.O., Rdnr. 125 zu Art. 103 Abs. III GG; Faust, ZBR 67, 77; Kohlhaas i. Löwe-Rosenberg, Anm. 23 a) vor §§ 151 ff. StPO; RGSt 49, 274; 51, 242; 62, 112; 66,138; 72, 340; BGHSt 2, 371; 3, 52; 6, 92, 176.

59) Daher kann eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes die Zulässigkeit einer abermaligen Erhebung der Strafklage nicht begründen; BGHSt 6, 92 f.; RGSt 9,347.

griff, da der Erfolg jedenfalls zum gesamten historischen Ereignis und damit zur Tat gehört. Tat ist daher nicht gleich Handlung zu setzen, sondern erfaßt den gesamten objektiven und subjektiven Geschehensablauf, auch soweit die Strafverfolgungsbehörde wegen einzelner Geschehensabläufe nicht angeklagt hat, aber hätte anklagen können.[60]

Hiergegen könnte eingewandt werden, daß es sich nur insoweit um dieselbe Tat handelt, als der Richter prozeßrechtlich in der Lage gewesen ist, ein Geschehen mit abzuurteilen, der Strafrichter sei jedoch gar nicht rechtlich in der Lage, einen Vorgang auch disziplinarrechtlich zu würdigen. Dieser Einwand ist grundsätzlich berechtigt, er gehört jedoch systematisch zur Frage, ob zweimal eine strafähnliche Rechtsfolge desselben Rechtssystems ergangen ist und kann daher an dieser Stelle noch nicht beantwortet werden.[61] Die rein tatsächliche Identität der Tat wird dadurch nicht berührt.

b) Einheit des Dienstvergehens und Gesamtverhalten

Ein weiteres Argument gegen die Annahme einer Identität der Tat könnte sich aus der Tatsache ergeben, daß im Disziplinarrecht das Prinzip der Einheit des Dienstvergehens gilt, wobei das Gesamtverhalten zu würdigen ist (vgl. § 3 BDO),[62]

---

60) Nicht entscheidend ist die Frage der juristischen Handlungseinheit, sondern vielmehr, daß verschiedene Handlungen nach der natürlichen Auffassung zu einem einheitlichen Geschehen gehören und in einem inneren Zusammenhang miteinander stehen; BGHSt 6, 92.

61) Darüber unten §§ 9 und 10.

62) Obwohl Tat = historischer Vorgang. Aber es kommt darauf an, welches der strafrechtlich relevante historische Vorgang ist.

während im Strafverfahren nur bestimmte Taten abgeurteilt werden können.[63] Dies ist in Wahrheit aber nur ein scheinbarer Unterschied; denn auch im Strafverfahren wird das gesamte strafrechtlich relevante Vorleben des Angeklagten im Rahmen des durch die Tatschuld gesteckten Strafmaßes berücksichtigt.[64] Andererseits wird auch im Disziplinarverfahren wegen einer begangenen konkreten Dienstpflichtverletzung "bestraft", ohne die es nicht zu einem Verfahren kommen kann. Die Berücksichtigung des Gesamtverhaltens[65] liegt auch im Disziplinarverfahren nicht auf der Tatbestandsseite, sondern erfolgt im Rahmen der Schuld und gehört damit in den Bereich der Rechtsfolgenzumessung.

Hiergegen steht nicht, daß das Disziplinarrecht keine speziellen Tatbestände kennt und infolgedessen immer das Gesamtverhalten quasitatbestandsmäßig gewürdigt werden müsse. Das Disziplinarrecht kennt zwar keine besonderen Tatbestände im Sinne des Strafrechts, jedoch erfüllen auch die durch das Beamtenrecht ausgefüllten Blankettnormen[66] Tatbestandsfunktion. Auch sie sind so hinreichend bestimmt, daß es auf

---

63) Über das Prinzip der Würdigung des Gesamtverhaltens im Disziplinarrecht s. Lindgen I, S. 130, 170, 354, 360; Behnke, BDO, S. 63; über die Täterpersönlichkeit in der Strafzumessungslehre s. § 13 Abs. II StGB. Nach BGHSt 8, 186 ist die gute Führung eines Beamten ein Strafmilderungsgrund. Es handelt sich hierbei um reine Strafzumessungsgründe des Allg. Teils des Strafrechts; vgl. dazu Geier i. Löwe-Rosenberg, Anm. 7 zu § 267 StPO. Auch im Disziplinarrecht wird der Schuldgehalt der Dienstpflichtverletzung und damit zusammenhängend das Gesamtverhalten bei der Rechtsfolgenzumessung berücksichtigt; vgl. Lindgen I, S. 640.
Die von der h.M. vorgenommene Trennung von Dienstpflichtverletzung und Dienstvergehen (Einheit des Dienstvergehens), vgl. Behnke, a.a.O., findet in § 77 Abs. I S. 1 BBG keine Stütze.

64) Vgl. Geier, a.a.O.

65) Vgl. Lindgen, a.a.O.

66) §§ 77, 52 ff. BBG; 45, 35 ff. BRRG.

das Gesamtverhalten auf der Tatbestandsseite weder ankommt noch überhaupt wegen des Rechtsstaatsprinzips ankommen dürfte.

Spätestens seitdem der Resozialisierungsgedanke Eingang in das Strafgesetzbuch gefunden hat,[67] haben wir kein reines Tatstrafrecht mehr, wie andererseits das Disziplinarrecht nicht nur täterbezogen ist. Dies folgt allein schon aus der Geltung des Schuldprinzips im Disziplinarrecht,[68] denn Schuld kann sich immer nur auf eine konkrete menschliche Handlung beziehen, eine allgemeine Lebensführungsschuld würde wohl gegen Art. 1 Abs. I, 2 Abs. I und 20 Abs. III GG verstoßen und ist auch unserem Rechtssystem fremd.[69]

Der Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens,[70] durch den mehrere Dienstvergehen zusammengefaßt werden zu einem "einheitlichen Dienstvergehen" betrifft daher in Wahrheit das Verhältnis mehrerer Dienstvergehen zueinander (Konkurrenzproblem), wobei die einheitliche Behandlung erst durch die Berücksichtigung des Gesamtverhaltens bei der Rechtsfolgenzumessung erfolgt. Jede pflichtwidrige Handlung verwirklicht selbständig den Tatbestand des § 2 BDO. Beim Zusammentreffen mehrerer Dienstpflichtverletzungen in einem Verhalten findet eine Gesamtwürdigung statt. Auch müssen die einzelnen Dienstpflichtverletzungen im Urteil oder der Disziplinarverfügung festgestellt werden, weil sie Grundlage der rechtlichen Würdigung sind und für die Frage der bereits erfolgten rechtskräftigen Aburteilung von Bedeutung sind.[71]

---

67) § 13 Abs. I S. 2 StGB.

68) § 77 Abs. I S. 1 BBG.

69) Sax i. Die Grundrechte, Bd. iii/2, S. 938 ff.

70) Darüber Behnke, a.a.O.

71) Lindgen I, S. 355.

Es ist auch faktisch unmöglich, ein Gesamtverhalten zu würdigen, ohne auf die disziplinarrechtliche Bedeutung der einzelnen Handlungen einzugehen. Daher kommt auch im Disziplinarverfahren der einzelnen Dienstpflichtverletzung eine gewisse Selbständigkeit zu. Die Identität der Tat in beiden Verfahrensarten wird aus diesen Gründen durch den Begriff der Einheit des Dienstvergehens nicht ausgeschlossen.

III. Das rechtskräftige Urteil

a) Art. 103 Abs. III GG als Verfahrenshindernis

Niemand darf wegen derselben Tat mehrmals "bestraft" werden. Daraus könnte der Schluß gezogen werden, daß nur die mehrmalige Verurteilung, nicht aber eine Verurteilung nach einem Freispruch unstatthaft sei. Die Rechtsprechung[72] und die allgemeine Meinung in der Literatur[73] legen jedoch die Bestimmung so aus, daß die mehrmalige Aburteilung der Tat unzulässig ist. Diese Interpretation als Verfahrenshindernis rechtfertigt sich aus dem Sinn der Vorschrift, die im Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. III GG gelesen werden muß und dem Rechtsfrieden und der Rechtsbeständigkeit dienen soll.[74] Hieraus folgt dann weiter, daß das erste Urteil in derselben Sache (vgl. dazu

---

72) BGHSt 5, 323; 15, 259; BVerfGE 12, 66; grundlegend BVerfGE 3, 248 ff.

73) Dürig i. Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 126 zu Art. 103 Abs. III GG; Holtkotten i. BK, Erl. II 4 d) zu Art. 103 GG; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Bd. I, Nr. 184; Kleinknecht, Anm. 2 zu § 264 StPO, Kern-Roxin, Strafprozeß (StuB), S. 222; Peters, Strafprozeß, S.433.

74) Dürig, a.a.O., Rdnr. 124 zu Art. 103 Abs. III GG; vgl. dazu ferner BVerfGE 3, 253; BGHSt 3, 15; 5, 329.

§ 264 Abs. I StPO), sei es verurteilender oder freisprechender Art, auch bereits jede weitere Strafverfolgung verbietet.[75]

b) Die korrigierende Interpretation des Art. 103 Abs. III GG

Es wurde oben bereits dargelegt, was unter einer Bestrafung nach Art. 103 Abs. III GG zu verstehen ist, nicht eine Kriminalstrafe, sondern eine Strafe im weiteren Sinne. Die Begrenzung auf die "allgemeinen Strafgesetze" kann heute nicht mehr aufrechterhalten werden, da man sich schon einig ist, daß auch eine mehrmalige Aburteilung innerhalb des Disziplinarverfahrens gegen Art. 103 Abs. III GG verstößt.[76] Vielmehr muß die Bestimmung wie folgt gelesen werden: Niemand darf wegen derselben Tat mehrmals in einem Verfahren desselben strafrechtlichen Rechtssystems verfolgt werden. Von dieser Lesart wird in der folgenden Darstellung ausgegangen.[77]

---

75) BGHSt 5, 323; 10, 363; 15, 259; BayVerfGHE 11, 20; Eb. Schmidt, a.a.O.; Dürig, a.a.O., Rdnr. 127 zu Art. 103 Abs. III GG; weitere Nachweise bei Eb. Schmidt, a.a.O., Fußnote 319; a.A. für den Zivilprozeß Hellwig i. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Anm. II 2 zu § 322 ZPO.

76) Vgl. BVerfGE 3, 58; BDHE 2, 59; LVG Rh.Pf. i. DÖV 52, 472; OVG Lüneburg i. DVBl. 51, 576; Holtkotten i. BK, Erl. 4 b) zu Art. 103 GG; Dürig, a.a.O., Rdnr. 129 zu Art. 103 Abs. III GG; Behnke, BDO, Anm. 30 zu § 32 BDO.

77) So auch Holtkotten i. BK, Erl. 2 b) zu Art. 103 GG. Diese Auslegung folgt aus dem Zweck der Vorschrift, Rechtsfrieden zu schaffen, was nicht auf Strafnormen im engeren Sinne beschränkt bleiben kann. Der Wortlaut des Art. 103 Abs. III GG läßt andererseits eine Ausdehnung auf alle staatlichen Akte nicht zu, insofern greift dann der allgemeine Grundsatz des Art. 20 Abs. III GG (Rechtsstaatsprinzip) ein. Unter Art. 103 Abs. III GG fallen daher alle Maßnahmen nach § 1 OWiG und gegenwärtig auch noch ein Teil der Disziplinarmaßnahmen nach § 5 BDO, soweit ihnen Erziehungsfunktion beigemessen wird, insbesondere die Geldbuße.

Es handelt sich hierbei um eine noch zulässige korrigierende Gesetzesinterpretation, indem aus der ratio legis, die die Bestimmung auch innerhalb anderer Rechtssysteme mit strafrechtlichen Rechtsfolgen angewendet wissen will, der falsche Wortlaut der Norm durch eine der wahren Sachlage angemessene Wortwahl ersetzt wird, ohne daß hierdurch das Gewaltenteilungsprinzip verletzt wird.[78]

Es gilt daher unter gleichzeitiger Kritik des bestehenden Disziplinarrechts ein System disziplinarrechtlicher Rechtsfolgen zu finden, die sich qualitativ von den Sanktionen des Strafrechts und des Verwaltungsrechts abheben, so daß sie ohne Bedenken nebeneinander angewendet werden können.[79] Dabei wird ebenfalls auf die gleichfalls noch nicht gelungene Abgrenzung des Verwaltungsunrechts vom Strafrecht eingegangen werden müssen.[80] Jedoch ist hier die Problematik erheblich durch die Bestimmung des § 17 OWiG vereinfacht, indem eine Tat nur entweder nach strafrechtlichen Gesichtspunkten oder als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann (exklusive Alternativität). Eine Verletzung des Art. 103 Abs. III GG scheidet daher von vornherein aus, was letzt-

---

78) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 311 ff., 350 ff. Auch der BGH hat sich zur Freiheit des Richters im Sinne einer zweckentsprechenden Norminterpretation bekannt, wogegen auch ein eindeutiger, nicht normgemäßer Wortlaut zurückzustehen habe; BGHZ 3, 315; BGHZ 4, 157; 11, 35; BSGE 2, 168. Weder das Gewaltenteilungsprinzip, noch Art. 97 GG, noch der Grundsatz der Rechtssicherheit stehen dieser Auslegung entgegen.

79) Fast alle Kritiker des gegenwärtigen Disziplinarrechts verlangen eine Zweckbereinigung, das Disziplinarrecht solle sich auf rein dienstliche Interessen beschränken; vgl. insbesondere Baumann, JZ 64, 612 ff.; ders. i. JZ 67, 657 ff.; Wiese, VerwArch. 65, 366. Mit einer Zweckbereinigung allein kann man jedoch das Problem der Doppelbestrafung nicht lösen, auch die disziplinarrechtlichen Sanktionen müssen dem veränderten Zweck des Disziplinarrechts angepaßt werden.

80) Vgl. hierzu Michels, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, Berlin 1963.

lich damit zusammenhangt, daß beide Rechtsgebiete Verstöße gegen allgemein geltende Normen erfassen, also das sog. allgemeine Gewaltverhältnis betreffen, während das Disziplinarrecht auf eine rechtliche Sonderbeziehung abstellt, der Beamte aber gleichzeitig auch dem allgemeinen Gewaltverhältnis unterliegt.

Soll es sich aber nicht um das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen mit dem Vorrang des letzteren handeln, hat sich das Disziplinarrecht auch aus diesem Grunde vom Strafrecht qualitativ zu unterscheiden.

3. Kapitel
GRUNDLAGEN DES DISZIPLINARRECHTS

§ 6
Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand

I. Die Rechtsgrundlage zur Verhängung von Disziplinarmaßnahmen

a) Die gesetzlichen Vorschriften

Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand, das ist der Tatbestand, nach dem alle disziplinarrechtlich relevanten Pflichtverletzungen eines Beamten geahndet werden, ist für Bundesbeamte § 2 BDO i.V.m. § 77 Abs. I S. 1 BBG, der bestimmt, daß ein Beamter ein Dienstvergehen begeht, wenn er schuldhaft die ihm obliegenden Pflichten verletzt.[1] Denselben Wortlaut enthält § 45 Abs. I S. 1 BRRG, der damit für Rechtseinheit in der Bundesrepublik sorgt.[2]

Der Grundtatbestand des Disziplinarrechts wird oft als Generalklausel bezeichnet. In Wahrheit handelt es sich um eine Blankettnorm, wie zum Beispiel auch § 24 StVG, mit dem Unterschied allerdings, daß § 24 StVG auf weitgehend konkretisierte Verhaltensnormen verweist, während § 77 Abs. I S. 1 BBG u.a. ausgefüllt wird durch die Generalklau-

---

1) Von Arndt, DÖV 68, 39 wird dagegen § 54 S. 3 BBG als disziplinarrechtlicher Grundtatbestand angesehen, aber erst die Zusammenschau der §§ 77 Abs. I S. 1; 54, S. 3 BBG; 2 BDO ergibt einen vollständigen Disziplinartatbestand. § 54 S. 3 BBG enthält lediglich die wesentliche Beamtenpflicht.

2) Verfassungsrechtliche Grundlage ist hierfür Art. 75 Nr. 1 GG.

sel des § 54 BBG.[3] Die dazu korrespondierende, gleichlautende Vorschrift für das Länderbeamtenrecht ist § 36 BRRG. Zu berücksichtigen sind ferner die §§ 52, 53 BBG, 35 BRRG, weil sie den beamtenrechtlichen Status in verfassungsrechtlicher Sicht darlegen.

b) Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz

Es wurde in der Disziplinarrechtsliteratur in den letzten Jahren viel um die Verfassungsmäßigkeit des disziplinarrechtlichen Grundtatbestandes gestritten.[4]

Es geht bei dieser Frage um den Bestimmtheitsgrundsatz, dessen Rechtsgrundlage Art. 103 Abs. II und 20 Abs. III GG ist. Art. 103 Abs. III GG hat Grundrechtscharakter und beansprucht wie Art. 103 Abs. III GG Geltung für alle öffentlich-rechtlichen Strafverfahren im weiteren Sinne.[5] Dies folgt aus der Tatsache, daß eine eindeutige materielle Abgrenzung des Kriminalstrafverfahrens von anderen, strafrechtsähnlichen, Verfahren, wie insbesondere auch dem Ordnungswidrigkeitenverfahren, bisher nicht gelungen ist.[6]

---

3) Der Unterschied zur Blankettnorm ist der, daß die Blankettnorm kein sog. Volltatbestand ist, also einer Ergänzung durch andere Normen bedarf, während die Generalklausel ein Volltatbestand ist, bei dem die Abstraktion bis zur Grenze des Möglichen und Verständlichen getrieben ist, um möglichst viele Fälle zu erfassen; vgl. dazu Maurach, AT, S. 78 f.

4) S.o. § 1 Anm. 25.

5) Das wird bestritten von BayVerfGHE 4, 30; 4, 150; 11, 11 für den gleichlautenden Art. 104 Abs. I BV; wie hier Holtkotten i. BK, Erl. II 3 b) zu Art. 103 GG; Hamann, Anm. 4 zu Art. 103 Abs. II GG; Giese, Erl. 2 zu Art. 103 GG; Pfeiffer, Die Verfassungsbeschwerde, S. 221; OLG Neustadt, NJW 57, 1155; BDH i. DÖV 58, 50; BVerfGE 20, 335; vgl. ferner Anschütz, Die Verfassung des Dt. Reiches, Anm. 2 zu Art. 116 WRV.

6) Gesetzgeberisches Beispiel hierfür ist § 14 1. Hlbs. BDO; dazu s.o. § 1 II; vgl. ferner die dort angeführte Literatur.

Wertsystematisch wurzelt Art. 103 Abs. II GG im Rechtsstaatsprinzip[7] sowie in Art. 1 und 2 GG;[8] denn letztlich verdient nur schuldhaftes Handeln Strafe, das einer erkennbaren und daher gesetzlich zu bestimmenden Verbotsnorm widerspricht.[9]

Straftatbestände müssen danach so formuliert sein, daß sie eine feste und zuverlässige Grundlage für die Rechtsprechung darstellen.[10] Blankettnormen sind zulässig, wenn sie durch andere Gesetze hinreichend konkretisiert sind. Generalklauseln reichen im allgemeinen hierzu nicht aus.[11] Die Generalklausel des § 54 BBG regelt jedoch in der Hauptsache nur das persönliche Verhalten des Beamten;[12] dem-

---

7) BayVerfGHE 1, 101; 4, 194; Sax i. Die Grundrechte III/2, S. 998.

8) Dürig, a.a.O., Rdnr. 104 zu Art. 103 Abs. II GG, sowie Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 31 und 32 zu Art. 1 GG, mit weiteren Nachweisen.

9) Dazu insbesondere BGHSt 2, 194.

10) Schönke-Schröder, Rdnr. 64 zu § 2 StGB; Baumann, AT, S. 101; H. Mayer AT, S. 86; Welzel, Strafrecht, S. 22.

11) H. Mayer, a.a.O.; Welzel, a.a.O. Jedoch wird der Gesetzgeber auch im Strafrecht nicht ohne unbestimmte (aber bestimmbare) Rechtsbegriffe auskommen können, soll er sich nicht in Einzelheiten verlieren, ohne die Vielgestaltigkeit der zu regelnden Lebenssachverhalte zu erfassen; dazu BVerfGE 4, 358; 11, 237; Lenckner, JuS 68, 249; BGHSt 11, 377; 18, 362; Dürig, a.a.O., Rdnr. 107 zu Art. 103 GG; Sax, a.a.O., S. 1006 ff.; Henkel, Recht und Individualität, S. 24 ff.; zu weit jedoch Schönke-Schröder, Rdnr. 64 a) zu § 2 StGB, der die Besonderheit des § 2 StGB und Art. 103 Abs. III GG zu wenig beachtet. Zwischen einem bloß unbestimmten Rechtsbegriff und einer Generalklausel besteht noch ein gradueller Unterschied in der Abstraktion.

12) In § 54 S. 3 BBG handelt es sich um Formen der Anerkennung desselben allgemeinen Persönlichkeitswertes: Arndt, DÖV 68, 43, der allerdings nur annimmt, daß es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe handele (a.a.O., S. 40). Zu diesem Ergebnis kann man nur gelangen, wenn man mit Dahm, Deutsches Recht, S. 81, unbestimmte Rechtsbegriffe mit Generalklauseln gleichsetzt. Dem kann nicht gefolgt werden.

gegenüber sind die dienstlichen Amtspflichten substantiiert in anderen Vorschriften enthalten.[13)]

Verhaltenspflichten ergeben sich allgemein in unserer Rechtsordnung als sog. weitere Verhaltenspflichten[14)] neben den vertraglichen Hauptpflichten aus Generalklauseln, insbesondere § 242 BGB im bürgerlichen Rechtsverhältnis, und konkretisiert als Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht.

Dem Bestimmtheitsgrundsatz ist dann Genüge getan, wenn es der Rechtsprechung gelingt, die Generalklauseln mit soviel Substanz auszufüllen, daß ein Konfliktsfall für den Betroffenen vorhersehbar und berechenbar wird.[15)] Je nach Rechtskenntnissen des Betroffenen und Schärfe der angedrohten Rechtsfolgen bei Verstößen können die Anforderungen verschieden groß sein.[16)] Angesichts der umfangreichen Rechtsprechung zu den Beamtenpflichten und der bei einem Beamten vorauszusetzenden Rechtskenntnisse, ist der Bestimmtheitsgrundsatz nicht verletzt.[17)]

---

13) §§ 52, 53, 55, 56 BBG.

14) Larenz, Schuldrecht I, S. 8 f., faßt die, jeder rechtlichen Sonderverbindung immanenten, Loyalitätspflichten, die negativer oder positiver Art sein können, unter dem Begriff der "weiteren Verhaltenspflichten" zusammen, da "Nebenpflichten", auch positiver oder negativer Art, oftmals durch vertragliche Nebenbestimmungen auferlegt werden, also mit den ungeschriebenen weiteren Verhaltenspflichten nicht identisch sind; aus der Rspr. vgl. BGH i. BB 69, 383.

15) Das folgt aus der wertsystematischen Fundierung des Art. 103 Abs. II GG im Prinzip der Rechtssicherheit.

16) Art. 103 Abs. II GG ist ein eigentümlich kriminalstrafrechtlicher Grundsatz (vgl. § 2 Abs. I StGB) und entfaltet daher hier seine größte Wirkung.

17) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 90 zu Art. 20 Abs. III GG sowie Ule, Die Entwicklung des Beamtenrechts ..., S. 113 f.

c) Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit

Der Beamte ist heute, ungeachtet seiner öffentlichen Funktionen, mehr Arbeitnehmer als Repräsentant des Staates.[18] Dementsprechend hat auch der Bundesgesetzgeber in den §§ 77 Abs. I S. 2 BBG, 45 Abs. I S. 2 BRRG die Bestimmung aufgenommen, daß ein Verhalten des Beamten außerhalb des Dienstes nur dann ein Dienstvergehen darstellt, wenn es in besonderer Weise geeignet ist, Achtung und Vertrauen in einer für sein Amt oder das Ansehen des Beamtenstandes bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen.[19] Die Begriffe Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit sind auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe.

Es handelt sich hier um Grundbegriffe des Disziplinarrechts, steht doch die Entwicklung dieses Teilrechtsgebietes in engem Zusammenhang mit den Anforderungen eines Staatsdienertums, das durch seine hohen Ideale und sein ursprünglich personenrechtliches Verhältnis zum Monarchen, aus dem sich der Gedanke der Repräsentation entwickelt hat, eine bevorzugte Stellung im Staate einnahm.[20]

Die §§ 77 und 52 ff. BBG sind daher auch tatbestandliche Grundlage der Disziplinarrechtsdogmatik. Sie enthalten alle Momente, die zur Wesensbestimmung des Disziplinarrechts

---

18) Schon im Jahre 1911 spricht Otto Hintze, Der Beamtenstand, S. 159, von einer "Expansions- und Assimilierungstendenz" des Beamtentums. Wenn sich die Angestelltenschaft in ihrer sozialen Stellung dem Beamtentum angleicht, so entfällt damit die bevorrechtigte Stellung des Beamten. Er ist genauso Arbeitnehmer im weiteren Sinne wie der Angestellte und Arbeiter, mit der Einschränkung gewisser besonderer Pflichten, die sich jedoch nur aus dem Dienstbetrieb selbst rechtfertigen lassen, nicht dagegen aus einer heute zweifelhaft gewordenen sozialen bevorrechtigten Stellung.

19) Vgl. dazu Wodtke, Gesetz zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts, S. 140 f.

20) Über die soziologische Entwicklung des Beamtentums Otto Hintze, a.a.O., S. 110 ff.

beizutragen vermögen, nämlich das integrative,[21] das personenrechtliche[22] und das sachlich-dienstliche Element[23] des Beamtenrechts. Aus ihrem Sinngehalt ließe sich daher auch nur der Erziehungsanspruch des Dienstherrn, den ihm die herrschende Meinung zubilligt, ableiten.

1. Die Achtungswürdigkeit: § 54 S. 3 BBG betrifft im Tatbestandsmerkmal der Achtungswürdigkeit nicht die eigentliche Wahrnehmung der Amtsgeschäfte durch den Beamten, sondern sein persönliches Verhalten innerhalb und außerhalb des Dienstes.[24] Es sind damit Pflichten des Beamten im Außenverhältnis gemeint, die das Bild des Beamten in der Öffentlichkeit sowie das seiner Behörde und des Staates bestimmen sollen;[25] begründet wird dies z.T. mit dem Gedanken der Repräsentation.[26]
Die Pflicht, sich achtungswürdig zu verhalten, gebietet dem Beamten, seine gesamte Lebensführung nach den geltenden Moralanschauungen auszurichten, also die Gebote zu beachten, die sich aus Sitte, Ehre und Anstand ergeben.[27] Auf weitere Einzelheiten ist hier nicht einzugehen.[28]

---

21) § 52 BBG.

22) § 55 BBG.

23) §§ 53, 54, 77 Abs. I S. 2 BBG.

24) Fischbach, Anm. V 1 zu § 54 BBG.

25) Fischbach, a.a.O.

26) In diesem Sinne besonders Plog-Wiedow, Anm. III zu § 54 BBG; dag. mit Recht Fischbach, Einleitung BI z. BBG. Der Gedanke der Repräsentation taucht schon für das preußische Beamtentum bei Hartung, Abhandlungen der Dt. Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Studien zur Geschichte der preußischen Verwaltung, 3. Teil, 1948, S. 4, unter Bezugnahme auf Suarez auf; zustimmend Reuß, JR 64, 1.

27) Plog-Wiedow, Rdnr. 14 zu § 54 BBG; Schütz, a.a.O., Teil C II, Rdnr. 34; BDHE 1, 53.

28) Eingehend unten § 8 I. Aus der Literatur vgl. insbes. Fischbach, Anm. V zu § 54 BBG; Plog-Wiedow, Anm. III zu § 54 BBG; Weiss-Kranz, Erl. 3 zu Art. 64 BayBG; Hefele-Schmidt, Nr. 3 zu Art. 64 BayBG; Erl. 2 zu § 64 BayBG; ferner mit reichhaltiger Rechtsprechungsübersicht Schütz, Disziplinarrecht, a.a.O., und Arndt, DÖV 68, 43 ff.

2. Die Vertrauenswürdigkeit: Auch bei dem Begriff der Vertrauenswürdigkeit ist das persönliche Verhalten des Beamten relevant, jedoch tritt hier im Verhältnis zur Achtungswürdigkeit die dienstliche Stellung in den Vordergrund;[29] denn das Vertrauen in einen Beamten bezieht sich primär auf sein persönlich-dienstliches Verhalten. Das folgt aus dem Nebeneinander von Achtung und Vertrauen im Tatbestand des § 54 S. 3 BBG, die offenbar verschiedenes meinen.

Auf der Grenze zwischen Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit steht die passive Bestechung, was deutlich macht, daß die Grenzen fließend sind, und es sich im Grunde genommen um einen einheitlichen Begriff mit verschiedenen Aspekten handelt.[30]

Da der Begriff der Vertrauenswürdigkeit weniger auf die soziologische Stellung des Beamten abstellt, unterliegt er auch in geringerem Umfange einer grundsätzlichen Kritik. Der Begriff schließt sowohl das Vertrauen der Öffentlichkeit, als auch das des Dienstherrn in sich ein.

3. Die Berufserforderlichkeit: Das Verhalten des Beamten muß nur der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die sein Beruf von ihm fordert. Das bedeutet zunächst, daß nur Verfehlungen als Dienstvergehen in Betracht kommen, die ge-

---

29) Dagegen sieht Arndt, a.a.O., S. 43, den Unterschied zwischen Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit in der Wirkung einer Handlung nach außen oder nach innen. Dem ist nicht zuzustimmen, da auch gerade das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Amtsführung wesentlich für das Funktionieren der Staatsverwaltung ist. Die Unterscheidung muß daher aus dem Verhalten selbst, nicht seiner Wirkung nach außen oder innen, gewonnen werden. Insgesamt gesehen tendiren jedoch beide Begriffe mehr zum persönlich- als zum sachlich-dienstlichen Verhalten des Beamten; so i. Ergebnis auch Arndt, a.a.O.

30) Arndt, a.a.O., der von Formen der Anerkennung desselben allgemeinen Persönlichkeitswertes spricht.

eignet sind, Achtung und Vertrauen zu beeinträchtigen.[31] Das ist zum Beispiel nicht der Fall bei einer Scheidung ohne Auswirkungen auf die Öffentlichkeit.[32]

Darüber hinaus muß aber ein bestimmtes Tun oder Unterlassen geradezu unerläßlich zur Aufrechterhaltung eines ordentlichen Verwaltungsablaufs sein, um Bestandteil einer Dienstpflicht zu werden. Achtung und Vertrauen gegenüber einem Beamten müssen in eine konkrete Relation zu den dienstlichen Interessen gesetzt werden.[33] Hierbei darf nicht übersehen werden, daß bei den heutigen Massenverwaltungen der einzelne Beamte hinter der Anonymität der Behörde völlig zurücktritt, ihn daher noch als Repräsentant des Staates oder der gesamten Beamtenschaft zu bezeichnen,

---

31) Auf die Merkmale der Geeignetheit und Erforderlichkeit haben teilweise bereits vor der Änderung des § 54 BBG anstelle einer vagen Berufsbezogenheit als Limitierungskriterium zur Generalklausel des § 54 BBG Wilhelm, ZBR 64, 327; Müller, ZBR 65, 65; Scheerbarth, ZBR 66, 203, und insbesondere Arndt, a.a.O., S. 39 ff. hingewiesen.

32) Die Frage des Ehebruchs als Dienstvergehen wird in Rspr. und Literatur nicht einheitlich behandelt. Während die Rspr. z.T. einen strengen Maßstab anlegte, läßt es die Lehre überwiegend auf die Umstände des Einzelfalles ankommen; vgl. dazu Lindgen I, S. 754 ff. mit weiteren Nachweisen sowie Bernhardt, FamRZ 61, 338, der allerdings disziplinarrechtlich verfehlt auf die besondere Schutzwürdigkeit des Instituts der Ehe abstellt (a.a.O., S. 339). Richtig dagegen BVerwG i. ZBR 64, 124 = FamRZ 64, 255, wo es heißt, daß ein Verstoß gegen die Gesetze von Moral und Anstand an sich keine Dienstpflichtverletzungen darstellen; dies ist auch die Tendenz der neueren Rspr.

33) Es ist hierbei immer vom Primat der Grundrechte auszugehen, deren Einschränkung über das bloße Nützliche hinaus erst durch das Kriterium dienstlicher Notwendigkeiten gerechtfertigt wird, wobei die letzte Schranke durch Art. 19 Abs. II GG auch für den generellen Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. I GG errichtet wird (vgl. Schick, ZBR 63, 67 ff.). Diese Auslegung des Art. 19 Abs. II GG rechtfertigt sich aus der extensiven Interpretation des Begriffes "verfassungsmäßige Ordnung" in Art. 2 Abs. I GG durch die Rspr. des BVerfG; verfassungsmäßige Ordnung = verfassungs g e m ä ß e Ordnung; BVerfGE 6, 38.

ist schon aus diesem Grunde verfehlt.[34] Erst wenn der Beamte aus der Anonymität heraustritt und in der Öffentlichkeit Autorität einbüßt, besteht die konkrete Möglichkeit des Achtungsverlustes, wobei außerdienstliche Verfehlungen einen weniger strengen Beurteilungsmaßstab verlangen als innerdienstliche, da im letzten Fall der dienstliche Bezugspunkt näher liegt.[35]

Bei den ungeschriebenen Verhaltensnormen ist schließlich auch der Wandel in den Moralanschauungen zu berücksichtigen. Gerade in diesem Zusammenhang gilt der Satz vom ethischen Minimum, den das Recht zu verwirklichen hat.

II. Systematisierung möglicher Dienstpflichtverletzungen

a) Die vorherrschende Unterscheidung

Die Bundesdisziplinarordnung enthält keine systematische Einteilung der Dienstvergehen und dementsprechend auch keine Systematik der Disziplinarmaßnahmen. Eine bei jedem Disziplinarverfahren für Bundesbeamte anzuwendende Norm ist § 2 i.V.m. § 5 BDO, wodurch dem Disziplinarrichter beziehungsweise Dienstvorgesetzten die Aufgabe[36] gestellt wird,

---

34) So auch Fischbach, BBG, Bd. I, S. 12.

35) In diese Richtung gehen auch die bei Dürig, a.a.O., Rdnr. 128 zu Art. 103 Abs. III GG angeführten Beispiele verscherzter "auctoritas" in der Öffentlichkeit.

36) Der Ermessensgrundsatz im Disziplinarrecht (§ 3 BDO) gilt auch für den Bereich der Rechtsfolgenzumessung; vgl. Behnke, Anm. 4 u. 6 zu § 3 BDO. Auch hier soll die Institution des Bundesdisziplinaranwalts der Willkür vorbeugen; §§ 37 ff. BDO; Claussen, ZBR 65, 203 ff. Zu erwägen ist allerdings, ob nicht der Gesetzgeber eine Klassifizierung der Dienstpflichtverletzungen und der Maßnahmen mit richterlich nachprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriffen vornehmen sollte, wobei dem Dienstherrn ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen wäre; vgl. dazu Lochbrunner, ZBR 63, 301.

das Verhalten des Beamten nach disziplinarrechtlichen Gesichtspunkten ohne Hilfen des Gesetzgebers zu würdigen und eine entsprechende Maßnahme zu verhängen.[37]

Die Reichsdienststrafordnung hatte den Begriff "Ordnungsstrafen" für die minder schweren Strafen, die durch den Dienstvorgesetzten verhängt werden können, als irreführend abgelehnt.[38]

Die gängige Unterscheidung in der Disziplinarrechtsliteratur ist die nach innerdienstlichen und außerdienstlichen Verfehlungen.[39] Diese Einteilung ist jedoch unbefriedigend, da sie keine Abgrenzung nach dem materiellen Unrechtsgehalt der Dienstpflichtverletzung enthält. Mit den formalen Kriterien "innen" und "außen" ist über den Grad der Störung der Verwaltungstätigkeit nichts gesagt.[40]

b) Einteilung der Dienstvergehen nach ihrem materiellen Unrechtsgehalt

Nach dem materiellen Unrechtsgehalt der Dienstpflichtverletzungen kann man unterscheiden kriminelle Delikte,[41]

---

37) Die gesetzliche Gliederung der Disziplinarmaßnehmen sieht je nach Schwere der Dienstpflichtverletzung eine aufsteigende Stufenfolge selbständiger Maßnahmen vor, bei der die schwerere Maßnahme die leichtere ausschließt; PrDiszH i. PrVBl. 1924, S. 272; Behnke, Anm. 14 zu § 5 BDO; Schütz, Disziplinarrecht, S. 202. Dieser Stufenfolge liegt aber weder eine Systematik der Dienstpflichtverletzung noch eine solche der Maßnahmen zugrunde.

38) Behnke, BDO, 1. Aufl., S. 171.

39) Lindgen I, S. 426 ff. und 740 ff.; Schütz, a.a.O., S. 124 ff. Grundlage der Unterscheidung ist § 54 S.3 BBG.

40) Diese beiden Komponenten eines jeden Dienstvergehens stehen zueinander wie das Materielle zum Formellen oder die Güterverletzung zum Normverstoß. Über diese wichtige dogmatische Frage des Disziplinarrechts schweigt das Gesetz; vgl. § 77 Abs. I BBG.

41) Das sind solche, für die der Gesetzgeber die Strafe als Rechtsfolge vorgesehen hat; so die allgemeine Meinung; s. Maurach AT, S. 115 ff.

Ordnungswidrigkeiten im technischen Sinne,[42] bloße Verstöße gegen Moralanschauungen,[43] rein dienstliches Fehlverhalten mit materiellem Gehalt[44] und schließlich bloße Ordnungsverstöße,[45] wobei unter Unrechtsgehalt hier ein Komplex von Bewertungsmaßstäben zu verstehen ist, der sich zusammensetzt aus der Bedeutung des verletzten "Rechtsgutes"[46] für die soziale Gemeinschaft mittelbar über das ausgeübte Amt, dem Grad der Verletzung dieser Rechtsgüter sowie einer eventuell in Betracht kommenden ethischen Norm.[47]

Da aber häufige Ordnungsverstöße für den Dienstbetrieb schwerer wiegen können als ein leichtes kriminelles Delikt, wie zum Beispiel eine Beleidigung außerhalb des Dienstes oder eine leichte Sachbeschädigung, kann diese Unterscheidung zwar eine Orientierungshilfe sein, muß aber mangels Dienstbezogenheit letztlich unverbindlich bleiben.

c) Eine mögliche Einteilung mit Dienstbezogenheit

Eine Unterscheidung nach Pflichten verbietet sich, weil diese sehr vielfältig sind, und auch keine Aussage über die Störung der Verwaltungstätigkeit ermöglichen.

Die Disziplinarvergehen könnte man jedoch nach ihrem dienstlichen Unrechtsgehalt einteilen in schwerste Dienstpflicht-

---

42) § 1 OWiG. Auch hier sind außer für den Gesetzgeber nur formelle Kriterien maßgeblich.

43) § 54 S. 3 BBG, ohne daß ein kriminelles Delikt oder eine Ordnungswidrigkeit vorliegt.

44) z.B. schuldhafte dienstliche Fehlleistungen.

45) z.B. Nichteinhalten der Dienstzeiten, Verstöße gegen Bürovorschriften, Verstöße gegen die Hausordnung.

46) Hierüber eingehend u. § 9 I a) 2.

47) Es handelt sich somit um solche Aspekte, die der Bildung eines materiellen Verbrechensbegriffs dienen; darüber u. § 9 I und II.

Verletzungen,[48] die das Vertrauensverhältnis des Beamten zu seinem Dienstherrn dauernd und endgültig zerstören, grobe Dienstverfehlungen,[49] die das Vertrauensverhältnis lediglich nachhaltig erschüttern, und leichte Dienstvergehen,[50] die das Vertrauensverhältnis nicht berühren, aber doch noch so schwer sind, daß sie einen sog. Denkzettel erfordern. Entsprechendes gilt für den Grundsatz des achtungswürdigen Verhaltens.

d) Das Gemeinsame aller Dienstvergehen

Auf Eb. SCHMIDT[51] zurückgehend, sieht die herrschende Disziplinarrechtsliteratur[52] und die Rechtsprechung[53] das

---

48) Die Einteilung wird von der Rechtsfolge her bestimmt. Es ist zu fragen, ob die Verwaltungstätigkeit so stark gestört ist, daß ein Verbleiben des Beamten im Dienst - auch unter Berücksichtigung innerdienstlicher Maßnahmen - nicht mehr zumutbar ist. Im wesentlichen wird es sich um entsprechende Kriterien wie in § 626 BGB handeln.

49) Hier sind Pflichtverletzungen angesprochen, die keine Entlassung fordern, aber andererseits nicht so leicht sind, daß man mit einer Verwarnung darüber hinweggehen könnte. Der Dienstbetrieb ist durch eine erhebliche Pflichtverletzung soweit gestört, daß die dienstliche Stellung des Beamten eine Veränderung erfahren muß.

50) Diese sind von so leichter Art, daß die Verwaltungstätigkeit keine dauernde Beeinträchtigung erfahren hat, aber der Beamte doch nachdrücklich auf seine Pflichten hingewiesen werden muß.

51) Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 94 ff.; insbesondere S. 101, wo es heißt: "Disziplinäres Unrecht ist immer zugleich sittliches Unrecht und sittliche Schuld." Dieser Feststellung kann nicht gefolgt werden.

52) Maurach, AT, S. 8; Maack, a.a.O., S. 86; Reuß, ZBR 66, 174; Behnke, BDO, 1. Aufl., S. 72, Anm. 4, unter Berufung auf Lorenz v. Stein, Die Verwaltungslehre, 2.Aufl. 1869, Bd. I, S. 225; weniger klar Lindgen I, S. 1 ff.; Schütz, Disziplinarrecht, S. 67 ff.; H. Mayer, Strafrecht AT, S, 46, sieht auch in der Geldbuße den Sühnegedanken verwirklicht. Das ist zutreffend, wenn man, wie die h.L., einen ethischen Gehalt der Dienstpflichtverletzung anerkennt. Um so unverständlicher ist es, wenn die h.M. in der Disziplinarrechtsliteratur den Sühnecharakter der Geldbuße verneint. Dagegen vertreten Erler,

(Fortsetzung)

Charakteristikum des Disziplinarrechts in dem Moment der Berufsethik. Während das Verwaltungsunrecht ethisch indifferent sei, so sagt Eb. SCHMIDT,[54] habe das Kriminalrecht wie auch das Disziplinarrecht einen ethischen Unrechtsgehalt, mit dem Unterschied, daß das Disziplinarrecht eine auf die Berufserforderlichkeit bezogene Ethik enthalte. Es scheint aber wohl die Nähe des Disziplinarrechts zum Verwaltungsstrafrecht größer zu sein als zum Kriminalrecht, legt man einen richtig verstandenen Disziplinarrechtsbegriff zugrunde; denn beide bezwecken den Schutz der Verwaltungstätigkeit, das Disziplinarrecht intern, und das Verwaltungsstrafrecht extern.

Gegen die herrschende Ansicht spricht auch, daß wesentliche Dienstpflichtverletzungen, zum Beispiel reine Ordnungsverstöße, und auch schuldhafte dienstliche Fehlleistungen, weder mit Ethik an sich noch mit Berufsethik etwas zu tun haben;[55] denn Ethik ist immer etwas Ursprüngliches,[56] ver-

---

(Fortsetzung)

... Freiheit und Grenze berufsständischer Selbstverwaltung, S. 39 und Scheuner, DVBl. 55, 138 ff. mit Recht die Auffassung, disziplinäre Maßnahmen seien bloße Ordnungsmittel und allein auf die Erreichung eines konkreten Verwaltungszweckes gerichtet. Thieme, DVBl. 57, 772, verneint zwar eine Unterscheidungsmöglichkeit nach dem ethischen Gehalt, stellt aber gleichzeitig auf den begrifflichen Gegensatz von Sühne und rationalem Mittel ab.

53) PrOVGE 22, 445; 61, 442; BDHE 1, 46; 2, 59; BayVerfGH i. VerwRspr. 12, 513; BGH i. NDBZ 57, 21, unter Hervorhebung des Erziehungs- und Reinigungsgedankens, sowie BVerfG i. NJW 67, 1652 f. und 1656.

---

54) Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 96.

55) Das erkennt auch Eb. Schmidt, a.a.O., S. 96, an.

56) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 132 ff. (143); Sitte ist die Vorstufe von Moral und Recht. Dagegen steht nicht, daß nach Kant, Metaphysik der Sitten, hrsg. v. Vorländer, 1907, S. 22 f., Pflichten bloß darum, weil sie Pflichten sind, Bestandteil der Ethik sind; denn Ethik ist hier lediglich der Satz, daß man staatliche Gesetze befolgen soll, allein weil sie Legalität besitzen, nicht jedoch der Gesetzesbefehl selbst. Voraussetzung für diesen Satz ist allerdings, daß zwischen Legalität und Legitimität kein Widerspruch besteht.

steht man sie nun als formale oder als materiale Wertethik.[57]

Die Pflichtigkeit des Beamten ist jedoch eine ganz reale, aus den dienstlichen Erfordernissen gewonnene, allenfalls eine soziale. Hierfür den Begriff Ethik, auch in Verbindung mit dem Beruf, zu verwenden, ist durch nichts gerechtfertigt. Der Begriff Berufsethik wurzelt im Staatsdienertum Preußens, der "ecclesia militans",[58] das mit seinem strengen Ehren- und Sittenkodex zunächst in der persönlichen Bindung an den König und später in der metaphysischen Verbindung zur Staatsidee seine innere Deutung findet.[59] Dementsprechend gab es auch keine Unterscheidung von Kriminal- und Disziplinarstrafen.

Diese Voraussetzungen fehlen heute, da der Beamte nur den Grundsätzen unserer Verfassung verpflichtet ist, nicht einem imaginären Staatsideal.

Wenn außerdem schon für das Strafrecht die ethische Grundlage bezweifelt wird,[60] um wievielmehr muß das erst für

---

57) Dazu Max Scheler, Formalismus in der Ethik und materiale Wertethik, 5. Aufl., 1966. Die Lehre Schelers zweifelt nicht am Charakter der Ethik als etwas Ursprünglichem, sondern wendet sich nur gegen den Absolutheitsanspruch des Kantschen Moralbegriffes. Nicht die Genese, sondern die Finalität der Ethik ist nach Max Scheler eine andere.

58) Die Charakterisierung stammt von Gustav v. Schmoller, zitiert nach Hartung, Studien zur Geschichte der preußischen Verwaltung, 3. Teil: Zur Geschichte des Beamtentums im 19. und 20. Jhd., 1948, S. 3.

59) Vgl. Bochalli, Einl. zum BBG, S. 3.

60) So die moderne Richtung der Lehre vom Verwaltungsunrecht; vgl. Jescheck, JZ 59, 461; Sax, Die Grundrechte III/2, S. 919 ff. mit Bespr. v. Spanner, VerwArch. Bd. 51, 171; Welzel, Strafrecht, § 4 I 1. Auch das BVerfG neigt mehr einer quantitativen Unterscheidung zu, indem es auf die Kriterien der Strafwürdigkeit und des Unrechtsgehalts, also letztlich auf das Moment der Sozialschädlichkeit, abstellt; BVerfGE 8, 197; so auch Göhler, Anm. 2 vor § 1 OWiG. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, wenn auch jedenfalls für den Kernbereich des Strafrechts, der sich mit dem Individualgüterschutz beschäftigt, das ethische Moment ausschlaggebend sein dürfte; a.M. die früher

(Fortsetzung)

das Disziplinarrecht gelten. Die Forderung nach einer Entkriminalisierung des Disziplinarrechts muß gleichzeitig eine Forderung nach einer Entethisierung[61] sein, soll diesem Rechtsgebiet der Makel der persönlichen Wertminderung, die dem Strafrecht noch immanent ist, genommen werden.

Allen Disziplinarvergehen ist gemeinsam, daß sie einerseits eine Verletzung der Dienstpflichten enthalten und andererseits die Verwaltungstätigkeit stören. Einer Charakterisierung der Dienstpflichtverletzung über diese Gesichtspunkte hinaus bedarf es nicht. Daher spricht viel für den Vorschlag FINGERs,[62] das Disziplinarrecht in "Dienstordnungsrecht" umzubenennen und den Begriff der Disziplinarmaßnahme durch die Bezeichnung "Ordnungsmittel" zu ersetzen, unter der Voraussetzung allerdings, daß den Disziplinarmaßnahmen ihre noch vorhandene diskriminierende Wirkung genommen wird.

(Fortsetzung)

... h.L.; Nachweise bei Jescheck, a.a.O., S. 457 ff. und BGHSt 11, 263 f. Ausführlich zum Meinungsstand Michels, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, Berlin 1963; Schoreit, GA 67, 225; Patzig, DVBl. 67, 309 ff.; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, 1966; Krümpelmann, Bagatelldelikte, 1966.

---

61) Gemeint ist damit selbstverständlich nicht die Aufgabe eines fachlich hochqualifizierten Berufsbeamtentums unter Einschluß persönlicher Integrität und Loyalität.

62) ZBR 64, 10. Anders als Finger will Rotberg, Einf. z. OWiG, S. 25 f., bei Dienstpflichtverletzungen stets einen ethischen Unwertgehalt annehmen. Zutreffend macht demgegenüber Finger, a.a.O., S. 8, geltend, daß es auch bloße Verstöße gegen Betriebsvorschriften außerhalb ethischer Vorwerfbarkeit gibt.

Der Kritik hieran[63] ist entgegenzuhalten, daß es in Wahrheit keine nach der Dienstbezogenheit berechtigte Unterscheidung in Ordnungsverstöße und Dienstpflichtverletzungen mit berufsethischem Gehalt gibt, die der Einführung der oben dargelegten Begriffe entgegenstünde. Ob allerdings die Termini FINGERs die nötige Unterscheidbarkeit zu organisationsrechtlichen Maßnahmen im Rahmen der Diensthoheit ohne disziplinarrechtlichen Gehalt aufweisen, ist zumindest fraglich.[64]

63) Vgl. Wiese, VerwArch. 1965, S. 203, Anm. 2.

64) Darüber s.u. § 10 I f).

§ 7

Das besondere Gewaltverhältnis als institutionelle Rechtsgrundlage des Disziplinarrechts

Die herrschende Meinung in der Disziplinarrechtsliteratur[65] stützt das Disziplinarrecht institutionell auf die Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses als sog. besonderes Gewaltverhältnis, aus dem die Befugnis zu strafender Züchtigung des Beamten zum Zwecke der Erziehung folge. Ob diese, historisch zu erklärende, Auffassung heute noch haltbar ist, wird in der Rechtslehre stark angezweifelt.[66] Man greift dann stets die Institution des besonderen Gewaltverhältnisses selbst an.

---

65) Schütz, Disziplinarrecht, S. 68 f.; Lochbrunner, Bundesdisziplinarrecht, S. 52; Wittland, Anm. 6 vor § 1 RDStO; Plog-Wiedow, Rdnr. 3 ff. zu § 2 BBG; Leusser-Gerner, Erl. 2 ff. zu Art. 2 BayBG; Hefele-Schmidt, Erl. 2 zu Art. 2 BayBG; Weiss-Kranz, Erl. 2 zu Art. 2 BayBG; Behnke, BDO, 1. Aufl., S. 72; Thieme, DVBl. 57, 772; a.M. Fischbach, BBG, S. 17 f. Die h.L. geht zurück bis auf Otto Mayer, Verwaltungsrecht II, S. 195 ff. und Laband; vgl. v. Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, 1961, S. 41.

66) Es sind hierbei zwei moderne Richtungen zu unterscheiden: 1. eine vermittelnde Auffassung, die das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses dem modernen Rechtsstaat anzupassen sucht; Leisner, DVBl. 60, 617 ff.; Herb. Krüger u. Ule i. VVDStRL 15 (1957), S. 109 ff., 133 ff.; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 124; v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Bd. I, S. 133; Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 25 zu Art. 19 Abs. IV GG; Kellner, DÖV 63, 418; Herb. Krüger, NJW 53, 1371; Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 168 ff.; Bachof, AöR 86, 149. Die 2. moderne Auffassung will das Rechtsinstitut gänzlich beseitigen; vgl. Malz, ZBR 64, 101 f.; Brohm, DÖV 64, 246 ff.; Spanner, DÖV 63, 29 ff.; ders. i. DÖV 63, 497 f.; Hild. Krüger, ZBR 56, 309 ff.; Köhl, Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Zürich 1955, S. 73; ders. i. ZBR 57, 123; Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 13; vgl. auch schon Merkel, VStRL 32, 57.

I. Die Dogmatik des besonderen Gewaltverhältnisses

a) Historische Entwicklung

1. Die Lehre Otto MAYERs: Die Begriffe allgemeines und besonderes Gewaltverhältnis haben sich seit ihrer Verwendung bei O. MAYER[67] und R. THOMA[68] in der Verwaltungsrechtslehre durchgesetzt. Sie bezeichnen die rechtliche Unterworfenheit des Bürgers unter die Staatsgewalt und die Unterworfenheit unter besondere institutionelle Gewalten, wobei es sich im Gegensatz zum allgemeinen beim besonderen Gewaltverhältnis nicht um ein Rechtsverhältnis handeln soll, in dem einer Summe von Pflichten ein Äquivalent an Rechten gegenübersteht.[69]

Als der Prototyp des besonderen Gewaltverhältnisses gilt seit jeher das Beamtenverhältnis. Die besondere Gewalt, der der Beamte unterliegt, ist die Dienstgewalt des Dienstherrn. Sie zerfällt in die Dienstbefehls- und die Dienststrafgewalt.

Nach Otto MAYER[70] liegt das besondere Gewaltverhältnis in der Dienst- bzw. Anstaltsgewalt begründet, einer Art Hausgewalt mit personenrechtlichem Einschlag, was sicherlich historisch fundiert ist,[71] aber nur erklären, nicht rechtfertigen kann; denn es muß weiter gefragt werden, was das Wesen der Dienstgewalt heute ausmacht und worin sie ihre Recht-

---

67) Verwaltungsrecht II, S. 285 ff.

68) Der Polizeibefehl im badischen Recht, 1. Teil, Tübingen 1906.

69) Der "rechtsfreie Raum" ist bezeichnend für das bes. Gewaltverhältnis überlieferter Prägung; vgl. Köhl, Die besonderen Gewaltverhältnisse, S. 48.

70) A.a.O., S. 286.

71) Vgl. oben § 2. Ausdrücklich zieht Laband, Staatsrecht I, S. 434, die Parallele zum Vasallentum des mittelalterlichen Rechts. Er vergleicht das Dienstvergehen mit der Felonie des Lehnsmannes.

fertigung findet. Der Hinweis auf das Wesen des Dienstverhältnisses würde zur Beantwortung der Frage nicht ausreichen.[72)]

In einem anderen Zusammenhang wurde von O. MAYER[73)] und ihm folgend W. JELLINEK[74)] der Versuch unternommen, das besondere Gewaltverhältnis als rechtsfreien Raum innerhalb auf den Satz "volenti non fit iniuria" zu gründen, eine Theorie, die von vornherein zum Scheitern verurteilt war, da es auch besondere Gewaltverhältnisse auf der Basis des Zwanges gibt, wie etwa der wehrpflichtige Soldat im Verhältnis zu seinem Dienstherrn, oder der Status des Strafgefangenen.[75)]

2. Die Lehre vom Rechtssatz: Eine andere Theorie, die vor allem von Staatsrechtslehrern[76)] vertreten wurde, legitimiert das besondere Gewaltverhältnis rechtstheoretisch mit dem Hinweis, daß Rechtssätze nur solche Normen seien, die in Freiheit oder Vermögen des Bürgers eingreifen und daher das besondere Gewaltverhältnis nicht durch Rechtssätze im eigentlichen Sinne geregelt sei, mithin ein rechtsfreier Raum für einseitige Anordnungen bestehe. Es wird dabei die Rechtsetzung mit dem Gesetzesvorbehalt verkoppelt,[77)] also

---

72) Darüber hinaus kann sich die Hausgewalt ihrem Wesen entsprechend nur auf einen räumlich begrenzten Herrschaftsbereich erstrecken. Daher kann sie wohl die Anstaltsdisziplin erklären, nicht aber die weitgehenden außerdienstlichen Pflichten des Beamten.

73) Verwaltungsrecht II, S. 255.

74) Verwaltungsrecht, S. 122.

75) Hierauf hat bereits v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht, Bd. III, S. 332, hingewiesen.

76) Vgl. G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 240; ders., Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, S. 213; Anschütz, Staatsrecht, S. 656 f.; Laband, Staatsrecht, S. 181.

77) Köhl, a.a.O., S. 17 u. 74.

von einem politischen Postulat auf den materiellen Gehalt der ausfüllenden Normen geschlossen, und dabei übersehen, daß Eigentum und Freiheit nur ein kleiner, wenn auch sehr wichtiger Bereich der zu regelnden Sozialfragen ist. Die Einschränkung ist nur verständlich aus dem Streit um die Gesetzgebungskompetenz zwischen Monarch und Volksvertretung und kann daher nur für die Zeit des beginnenden Konstitutionalismus Geltung haben.

Später setzte sich allgemein die französische Auffassung durch, wonach Gesetz im materiellen Sinne jede ordnungsgemäß zustandegekommene Rechtsnorm sei. Nach dieser Definition kann es allerdings keinen rechtsfreien Raum im besonderen Gewaltverhältnis geben, wenn man nicht der einer besonderen Gewalt unterliegenden Person die Rechtssubjektivität durch die Konstruktion des "Staatsinternums" raubt.

Nach der formalisierenden herrschenden Auffassung vom Rechtssatz müßten auch Verwaltungsverordnungen Rechtsnormcharakter besitzen,[78] wenn sie auch einer außerordentlichen Rechtsquelle entspringen. Von der Frage, ob ein Rechtssatz vorliegt, ist die Frage nach seiner Gültigkeit zu unterscheiden (hier insbesondere das Problem der Ermächtigung), das ist der entscheidende Einwand gegen die Lehre vom Rechtssatz.

3. Die Lehre vom Integrationsverhältnis: Eine andere, vorwiegend von LABAND[79] vertretene, Auffassung geht vom Begriff des verwaltenden Staates aus, der als ein einheitli-

---

78) Brohm, DÖV 64, 238 ff.; a.M. die ganz h.L.; vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 30 zu Art. 19 Abs. IV GG; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 132 ff.; zutreffend weist Brohm, a.a.O., S. 251, darauf hin, daß die Kriterien für den gerichtlichen Rechtsschutz und die Begründetheit der Klage für die Charakterisierung einer Rechtsnorm keine Bedeutung haben. Der Rechtsnormbegriff ist diesen Merkmalen vorgelagert.

79) Staatsrecht, S. 181 ff.; ähnlich auch schon Otto Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 355.

ches und nach außen abgeschlossenes Rechtssubjekt auftritt, und deduziert hieraus die vollständige Integration des Beamten in den Staat, so daß zwischen Staat und Beamten schon begrifflich wegen der Personidentität kein Rechtsverhältnis bestehen kann.[80)]

Schon methodologisch lassen sich gegen diese Argumentation Bedenken erheben, da aus einem wissenschaftlichen nicht gesicherten Staatsbegriff entscheidende Schlußfolgerungen gezogen werden. Die hier angewandte phänomenologische Methode ist aber nur dann brauchbar, wenn man von einem gesicherten begrifflichen Besitzstand ausgehen kann. Neben Bedenken aus dem Staatsbegriff muß auch eine derart totale Integrierung, die nichts anderes als eine Verdinglichung der Person bedeutet, aus verfassungsrechtlichen Gründen abgelehnt werden. Da die Integrationstheorie auch heute noch als Argument verwendet wird, soll sie im nächsten Abschnitt ausführlich gewürdigt werden.

b) Der heutige Streitstand

1. Die herrschende differenzierende Auffassung: Als heute noch herrschend kann eine Meinung bezeichnet werden, die eine totale Integration des Beamten in den Staat verneint und den Beamten nur in bestimmten Fällen als "Mitglied der Betriebsgemeinschaft" behandelt, während grundsätzlich

---

80) Der Trennung der Persönlichkeit des Beamten in Staatsbürger und Amtsträger liegt noch der Gegensatz von Staat und Gesellschaft zugrunde (dualistische Staatstheorie). Diese Denkweise ist mit der modernen Integrationslehre, die den Staat als einen einheitlichen geistig-sittlichen Organismus versteht, nicht vereinbar; über die moderne Staatsauffassung s. Krüger, Allgem. Staatslehre, S. 147 ff. Die Integrationslehre bedeutet jedoch wiederum nicht eine totale Verstaatlichung des Beamten - Art. 1 Abs. I GG verhindert dies -, vielmehr bleibt auch im Dienst der Beamte individuelles Rechtssubjekt.

seine Rechtssubjektivität erhalten bleibt.[81] Sie kommt damit in große Schwierigkeiten einer generellen Abgrenzung, für die sich eine Vielzahl von Meinungen herausgebildet hat. OBERMAYER[82] lehnt daher diese Lehre ab und meint, daß alle Einzelakte gegenüber einem Beamten Verwaltungsakte und alle regelnden generellen Anordnungen Rechtsvorschriften seien, Einschränkungen seien lediglich hinsichtlich des Rechtsschutzinteresses zu machen. OBERMAYER verneint somit einen Unterschied zwischen Verwaltungs- und Rechtsverordnung, ebenso wie einen solchen zwischen Verwaltungsakt und innerdienstlichem Rechtsakt.

Demgegenüber will BACHOF[83] den Gegensatz von "innen" und "außen" aufrechterhalten mit der Einschränkung, daß der Beamte dann als Rechtssubjekt betroffen ist, wenn in ein schutzwürdiges Recht eingegriffen wird. Auch müsse die Intensität des Eingriffs berücksichtigt werden.

---

81) So insbesondere Ule, VVDStRL 15, 152 ff.; vgl. auch v. Mangoldt-Klein, Bd. I, S. 575. Die Grenzziehung ist allerdings keine räumliche. Dem Beamten sollte jedoch nicht schon von vornherein der Rechtsschutz versagt werden. Immer geht es um eine Abwägung der Individualrechte gegen Verwaltungsinteressen; das ist aber eine materiellrechtliche Frage; s.a. Maunz-Dürig, Rdnr. 25 zu Art. 19 Abs. IV GG. §§ 126 Abs. I BRRG, 183 BayBG, 184 BBG lösen das Problem des Rechtsschutzes im besonderen Gewaltverhältnis nur dem Grunde nach, nicht aber auch der Intensität, da die genannten Bestimmungen nur § 40 VwGO, nicht § 42 VwGO, ersetzen, so daß §§ 113 Abs. I S. 1 und 80 Abs. I VwGO nicht eingreifen; vgl. dazu BVerwGE 21, 127; BVerwG i. DVBl. 68, 640 und Leusser-Gerner-Kruis, Erl. 2 zu Art. 2 BayBG. Darüber, daß § 80 Abs. I VwGO einen Verwaltungsakt voraussetzt, Redeker/v. Oertzen, Erl. 2 zu § 80 VwGO; vgl. auch §§ 126 Abs. III Nr. 1 BRRG, 172, 184 BBG.

82) Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 164; noch weitergehend Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O., die insoweit nicht zwischen anfechtbaren und nichtanfechtbaren Akten unterscheidet.

83) Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung i. Laforet-Festschrift, S. 296 ff.

Eine weitere Auffassung vertritt Herb. KRÜGER,[84] der nicht auf die Kriterien "innen" und "außen" abstellen will, sondern eine Unterscheidung nach dem "Rechts- und Verwaltungswert" trifft, ein Versuch, der allgemein als im Ergebnis zu unbestimmt keinen Anklang gefunden hat.[85] Die Rechtsprechung läßt die dogmatischen Fragen offen.[86]

Die "Lücke im Rechtsstaat"[87] durch das Festhalten am Institut des besonderen Gewaltverhältnisses wird sich solange nicht schließen lassen, bis man die Konstruktion der Integration des Beamten in den institutionalisierten Staat aufgibt. Einer vollständigen Integration, die dem Beamten die Qualität als selbständiges Rechtssubjekt nehmen würde, stehen Art. 1 und 2 GG unverrückbar entgegen.[88]

Der Beamte, der dem Staat als Organperson zugeordnet ist, ist nur ein rechtliches Denkschema, um der juristischen Person Staat das Handeln zu ermöglichen; als solches kann es aber niemals ganz noch teilweise die Personhaftigkeit des Beamten aufheben. Es ist vielmehr so, daß sich der Beamte rechtlich in doppelter Weise qualifiziert sieht, als Organperson und zugleich[89] als individuelles Rechtssubjekt,

---

84) Smend-Festschrift, S. 230. In NJW 53, 1371, stellt Herb. Krüger dagegen auf die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Aktes ab.

85) Vgl. Brohm, DÖV 64, 241.

86) So etwa BVerwG, JR 63, 432 f.

87) Formulierung von Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 124.

88) Hierauf weist auch Bachof, a.a.O., S. 301 f. hin, der weiter hervorhebt, daß mit dem gleichen Recht zu argumentieren sei, der Staatsbürger stünde durch das allgemeine Gewaltverhältnis zum Staat in einem Internum, kraft dessen der Staat diese Beziehung rechtssatzfrei regeln könne.

89) Auf dieses "zugleich" kommt es entscheidend an. Eine schizophrene Trennung der Persönlichkeit in Organperson und Rechtssubjekt muß abgelehnt werden. Zum Begriff Organperson s. andererseits Köttgen, Berufsbeamtentum, S. 16; Gerber, AöR n.F. 18, 1 ff.; ders. i. VVDStRL 7 (1932), S. 18; Heyland, Berufsbeamtentum, S. 26; v.Borch, Obrigkeit und Widerstand, S. 138 ff.; Morstein Marx, DVBl. 55, 6 ff., die im Beamten ein Stück des Staates sehen; grundlegend h.J. Wolff, Organschaft und Juristische Person, 2 Bde., 1933/1934. (Fortsetzung)

wobei zu beachten ist, daß er Organperson nur im Außenverhältnis des Staates zum Bürger ist. Im Innenverhältnis dagegen steht der Beamte in einem Rechtsverhältnis zu seinem Dienstherrn, das trotz seiner hoheitlichen Ausgestaltung die Verwandtschaft mit einem Arbeitsverhältnis nicht leugnen kann.[90] Es handelt sich um ein Arbeitsverhältnis be-

---

(Fortsetzung)

... Gegen den herkömmlichen Organbegriff Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 417 wegen des überwiegenden Arbeitscharakters der Verwaltung.

---

90) Vgl. Max Weber, Gesammelte politische Schriften, S. 140 ff.; gegen ihn Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 119 ff. Es ist richtig, daß die Stellung des Beamten im Staat rein soziologisch nicht genügend umschrieben ist. Daneben hat der Beamte die Funktion eines "pouvoir intermédiaire". Die stabilisierende und ausgleichende Funktion des Berufsbeamtentums (Köttgen, Berufsbeamtentum, S. 122 f.; BVerfGE 7, 162) bestreitet Schäfer, DJT 70, 18; ebs. Kölble, DÖV 70, 456 mit dem Argument, der Beamte sei lediglich an Art. 20 Abs. III GG (Gewährleistung der Funktionsfähigkeit im staatlichen Interesse) gebunden, ihm komme aber im Rahmen der Exekutive keine eigenständige Bedeutung zu. Schäfer leugnet dabei eine mögliche Konfliktsituation zwischen Gesellschaft (einschließlich der politischen Parteien und der Interessengruppen) und Staat und beruft sich dabei auf die monistische Staatsauffassung. Diese Meinung übersieht, daß die monistische Staatstheorie nur ein Denkmodell ist, das die institutionalisierte Staatlichkeit nicht leugnen will, ebensowenig wie die mögliche Einseitigkeit staatlichen Handelns im Sinne von "Autonomie in Verfahren und Entscheidung" (Quaritsch, DJT 70, O 45). Einseitigkeit ist das konstituierende Prinzip des modernen Staates (Quaritsch, a.a.O.; ders., Staat und Souveränität, 1970, S. 271 f.; Herb. Krüger, Allg. Staatslehre, S. 879 ff.). Neutralität meint daher Abwehr von Versuchen, auf die staatliche Willensbildung im außerkonstitutionellen Wege einzuwirken; Quaritsch, DJT 70, O 40. Das Patronagedenken ist uns schließlich aus dem amerikanischen Rechtsleben nichts Unbekanntes.
Die Auffassung vom Beamten hat sich in den letzten Jahren erfreulich versachlicht, eine Entwicklung, die bis auf die parlamentarische Demokratie der WV zurückgeht; vgl. Köttgen, HDStR II, S. 18; Heyland, Berufsbeamtentum, S. 42 f.; Thieme, der öffentliche Dienst ..., S. 23; ders. i. ZBR 60, 169 ff.

sonderer Art, das aus der Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes seine Eigenart erhält.

Der Gedanke der Integration paßt von seinem Gehalt her nur für das Organverhältnis. Daher bleibt der Beamte im Innenverhältnis immer Rechtssubjekt, unbeschadet einer durch den Institutionszweck geforderten Grundrechtsbeschränkung, deren Begründung und Schranken sich unmittelbar aus Art. 33 Abs. V GG gewinnen lassen, ohne noch über diese Bestimmung das besondere Gewaltverhältnis bemühen zu müssen. Auf den generellen Verfassungsvorbehalt in Art. 2 Abs. I GG und die Schranke für jeden speziellen Gesetzesvorbehalt in Art. 19 Abs. II GG ist angesichts der Spezialnorm des Art. 33 Abs. V GG wohl nicht mehr abzustellen. Allenfalls könnte man aus Art. 19 Abs. II GG einen allgemeinen Verfassungsgrundsatz herauslesen, der dann auch im Rahmen des Art. 33 Abs. V GG gelten müßte.

Das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses hat aus diesen Gründen heute keine Berechtigung mehr. Was nach wie vor Geltung beanspruchen kann, ist die aus einer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Institution sich ergebende soziologische und rechtliche Unterworfenheit unter die jeder Institution eigenen Ordnung, die wiederum aus dem Institutionszweck folgt, und die notwendigerweise Eingriffe in die Individualpersönlichkeit fordert, ohne daß es sich allerdings um ein "Gewaltverhältnis" zu handeln braucht. Diese Tatsache läßt sich bei allen institutionalisierten Gruppen beobachten (Beispiel Familie).[91] Darüber hinaus darf der Rechtsschutz und der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts nicht die leiseste Einschränkung erfahren.

---

91) Arnold Gehlen, Urmensch und Spätkultur, S. 61, bezeichnet dieses Phänomen als "Gruppendisziplin". Er schreibt ebd.: "In jeder dieser Einrichtungen gibt es eine spezifische Gruppendisziplin, so daß die Vielzahl der sich in uns überschneidenden Ordnungen eine Bereitschaft zur Gruppendisziplin überhaupt schafft ...".

Auch soweit das Organverhältnis berührt wird, kann man dem Beamten nicht prinzipiell den Rechtsschutz verweigern, wenn er nämlich geltend macht, in seinen Rechten verletzt zu sein.[92] Dies ist u.a. immer dann der Fall, wenn eine Grundrechtsverletzung gerügt wird.[93] Auf die Frage, ob ein Verwaltungsakt oder nur ein innerdienstlicher Rechtsakt vorliegt, kommt es daher für die Frage des Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. IV GG, §§ 126 Abs. I BRRG, 172, 184 BBG, die § 40 VwGO ersetzen, nicht aber § 42 VwGO, nicht an.[94]

Es zeigt sich, daß den Problemen, die durch das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses gelöst werden sollen, auch mit allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen beizukommen ist. Dies gilt auch für die Frage des Gesetzesvorbehaltes. Will man die Geltung dieses Grundsatzes im Beamtenrecht z.T. verneinen, beruft man sich besser unmittelbar auf Art. 33 Abs. V GG oder Gewohnheitsrecht.

2. Die das Institut in toto verneinende Auffassung: Für eine vollständige Beseitigung des besonderen Gewaltverhältnisses setzen sich in der neueren Literatur u.a. MALZ,[95] KÖHL,[96] BROHM,[97] Hild. KRÜGER,[98] SPANNER,[99] IPSEN[100]

---

92) Allein hierauf kommt es für den gerichtlichen Rechtsschutz an; Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 25 zu Art. 19 IV GG. Auch § 126 Abs. I BRRG löst dieses Problem nicht, da diese Bestimmung nur die Frage des Rechtsweges regelt. Das weitere Erfordernis der Rechtsbetroffenheit ergibt sich aus Art. 19 Abs. IV GG, §§ 42 Abs. II, 113 Abs. I S. 1 VwGO; Plog-Wiedow, Rdnr. 10 zu § 172 BBG; vgl. o. S.

93) Daß der Beamte auch im Dienst Grundrechtsträger bleibt, ist heute anerkannt; Schmidt-Bleibtreu, Rdnr. 24 zu Art. 19 Abs. IV GG; BVerwG i. MDR 67, 785.

94) In diesem Sinne jetzt auch die Rechtsprechung; vgl. BGHZ 10, 297; BVerwGE 19, 20 f.; 28, 192.

95) ZBR 64, 101 f.

96) Die besonderen Gewaltverhältnisse..., S. 73; ders. i. ZBR 57, 123. (Fortsetzung)

und SCHICK[101] ein, deren gemeinsamer Tenor der richtige Satz ist, daß es in einem Rechtsstaat keine rechtsfreien Räume geben könne.[102] Desweiteren weist KÖHL,[103] unter Bezugnahme auf ULE,[104] darauf hin, daß die Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses mit seiner Disziplinargewalt nur aus der persönlichen Abhängigkeit des Fürstendieners von seinem Dienstherrn verständlich sei, die heute rechtlich nach Art. 1 und 2 GG und faktisch wegen der jederzeit möglichen, vom Beamten einseitig zu verlangenden, Auflösung[105] des Dienstverhältnisses nicht mehr besteht.

Für die Einschränkung der Grundrechtsgeltung setzen sich allerdings auch diese Autoren mit unterschiedlichen Begründungen ein. Am häufigsten wird auf Art. 33 Abs. V GG verwiesen.[106] Der verfassungsrechtlich durch diese Vorschrift untermauerte Institutionszweck eignet sich gleichermaßen für die Begründung wie für die Schranken der Grundrechtseinschränkung. Die Einschränkung darf nur soweit gehen, wie Institutionszweck und Funktion des Beamten im Einzelfall es fordern; denn aus der Stellung der Art. 1 und 2 GG im System der Grundrechte folgt der Primat der individuellen

---

(Fortsetzung)

97) DÖV 64, 246 ff.

98) ZBR 56, 309 ff.

99) DÖV 63, 29 ff.; ders. i. DÖV 63, 497 f.

100) DVBl. 56, 606.

---

101) ZBR 63, 68.
102) Vgl. z.B. Spanner, a.a.O.
103) ZBR 57, 122 f.
104) Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht, Berlin 1950, S. 44 ff.
105) §§ 30 BBG, 23 Abs. I Nr. 3 BRRG.
106) Vgl. Hild. Krüger, ZBR 56, 310; Fischbach, DVBl. 51, 100; Hamann, Anm. 7 B b) jj zu Art. 33 GG; Kalisch, AöR 78, 345; Kelkel, BayBZ 60, 10; Hammer, ZBR 53, 216 ff.; Thieme, Deutsches Hochschulrecht, S. 70, Anm. 3; Schick, ZBR 63, 70 f.

Freiheit vor den Anforderungen der Gemeinschaft.[107] Art. 33 Abs. V GG läßt die Geltung dieses Satzes auch für den Beamten unberührt, da sich die hergebrachten Grundsätze dem geltenden Rechtssystem einzufügen haben und ein eventueller Konflikt zugunsten unserer sozial-liberalen Rechtsordnung entschieden werden muß.[108]

Das Grundgesetz enthält eine Wertskala der Grundrechte, die die Abwägung mit den Gemeinschaftsanforderungen erleichtert.[109] Art. 19 Abs. II GG kann, sieht man in Art. 33 Abs. V GG einen speziellen Gesetzesvorbehalt für die Grundrechtseinschränkung im Beamtenverhältnis, wie es von SCHICK[110] vertreten wird, nur letzte Schranke sein. Es ist aber durchaus möglich, daß je nach dem Grad der Erforderlichkeit der Beschränkung und der Bedeutung des Grundrechts die Zulässigkeitsgrenze bereits früher erreicht ist.

---

107) Wertsystematisch stellt Art. 2 Abs. I GG den primären Wert der Menschenwürde dar und geht allen Grundrechten und Grundpflichten sowie Art. 33 Abs. V GG vor; Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 1 ff. zu Art. 2 Abs. I GG.

108) Daß sich Art. 33 Abs. V GG in das System des Grundgesetzes einfügen muß und dadurch inhaltliche Veränderungen erfahren kann, erkennt auch BVerfGE 3, 59 ff. (137) an; vgl. auch Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 59 zu Art. 33 Abs. V GG. Gleichzeitig erkennt das BVerfG auch an, daß die Grundrechtsbestimmung, die zugleich Organisationsnorm und Grundrecht ist, restriktiv ausgelegt werden muß, um "einen weiten Raum zur Fortentwicklung des Beamtenrechts im Rahmen des gegenwärtigen Staatslebens" zu ermöglichen (BVerfGE 3, 58/137; 7, 155/162).

109) BVerfGE 7, 92.

110) ZBR 63, 71; ähnlich Thieme, Deutsches Hochschulrecht, S. 60, Anm. 3; dag. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.208 f.; v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I, S. 136 f.

II. Besonderes Gewaltverhältnis und Dienststrafgewalt

Es fragt sich nun, wie die Beseitigung des besonderen Gewaltverhältnisses auf das Institut der Dienststrafgewalt einwirkt. Das besondere Gewaltverhältnis hat über den Aspekt des verringerten Rechtsschutzes, der eingeschränkten Geltung des Gesetzesvorbehalts sowie der Grundrechtseinschränkung hinaus die Intention einer Betriebs- (Ordnungsgewalt), wobei auch hier der Ordnungsbegriff materiell die Regelung des gesamten Beamtenverhältnisses umfaßt.

a) Strafe und Gewaltunterworfenheit

Die Strafe als staatliche Sanktion findet ihre legale Berechtigung in Art. 74 Nr. 1, 26 Abs. I und 2 GG, ihre institutionelle Begründung in der allgemeinen Unterworfenheit des Bürgers unter die Staatsgewalt und ihre soziologisch-anthropologische Legitimation in der Verwirklichung der Gemeinschaftsordnung und der Verhinderung gemeinschaftsschädigenden menschlichen Verhaltens.[111] Hier interessiert nur das Verhältnis Strafe - Unterwerfungsverhältnis.

---

111) Hierin findet die Strafe ihre rechtliche Legitimation, nicht in der Gewährleistung letzter sittlicher Grundwerte. Diese bilden nur den Kern des Strafrechts, und wenn man die allerdings verfehlte systematisch vorrangige Stellung der Staatsschutzdelikte betrachtet, nur einen kleinen Teilbereich des vom Gesetzgeber als strafwürdig erkannten Unrechts; vgl. Sax i. Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 910 ff., 954, der allerdings noch einen Bezug zum Sittengesetz verlangt; Baumann, Strafrecht AT, S. 7; Max Scheler, Formalismus in der Ethik und materiale Wertethik, S. 374 ff.; Noll, Die ethische Begründung der Strafe i. Recht und Staat, 1962, S. 12, 21; Eb. Schmidt, Die Sache der Justiz, 1961, S. 44; anders offenbar BGHSt 6, 46 ff.; 17, 230 ff., betreffend den Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten, wo auf das Sittengesetz abgestellt wird.

Aus der Schärfe, mit der die Strafe in materielle wie immaterielle Werte des Menschen eingreift,[112] resultiert ihre Qualifikation als ultima ratio der Verbrechensverfolgung.[113] Sie ist auch nicht leicht zu legitimieren, was daraus resultiert, daß durch Zufügung eines neuen Übels dem Wesen jeder Strafe entsprechend das alte Übel noch keineswegs als bereinigt anzusehen ist.[114] Strafe ist ein zusätzliches Übel, das sich rational nach SAX[115] nur mit dem Gedanken der Notwehr und ihrer immanenten Grenze der Erforderlichkeit rechtfertigen läßt. Auch ist in erhöhtem Maße der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten,[116] was allerdings über den Notwehrgedanken hinausweist. Aus den genannten Gründen sollte dieses schärfste Mittel der Unrechtsreaktion nur bei der staatlichen "Verbrechens"-verfolgung Anwendung finden.[117]

Untermauert wird diese Forderung ferner durch die Tatsache, daß die Strafe wegen ihres tiefen Eingriffs in die Persönlichkeit des Täters die typische Unrechtsfolge in einem Unterwerfungsverhältnis ist, ja daß sie nur dort von ihrem Wesen her Anwendung finden kann. So kommt auch der Vertragsstrafe des Schuldrechts, dem die Gleichordnung der Parteien immanent ist, keine echte Straffunktion zu; sie wird daher auch allgemein als erleichterte Form der Schadensberechnung angesehen.[118]

---

112) Sax, a.a.O., S. 924.

113) Sax, a.a.O., S. 924, 956; Baumann, a.a.O.; Max Scheler, a.a.O.

114) Dies ist erst mit der Schadenswiedergutmachung der Fall.

115) A.a.O., S. 957. Dieser Gedanke führt jedoch nicht notwendigerweise zur Lehre von der "Defence sociale", er ist nur ein rechtsphilosophischer Ansatz.

116) Über die Bindung des Gesetzgebers an das "Übermaßverbot" s. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.

117) In diesem Zusammenhang spricht Eb. Schmidt, JZ 51, 101, von der "Hypertrophie des staatlichen Strafens".

118) Larenz, Schuldrecht I, S. 276.

Daß diese Darlegungen nicht auf die Kriminalstrafe beschränkt bleiben können, folgt aus der Gegenüberstellung von Arrest und Geldbuße einerseits sowie Freiheitsstrafe und Geldstrafe andererseits. Nunmehr erkennt auch das Bundesverfassungsgericht[119] an, daß der Arrest nach § 28 WDO von der Freiheitsstrafe des Strafgesetzbuches qualitativ nicht unterscheidbar ist; hier wird allerdings nur die Apostrophierung als minus am augenfälligsten.

Da in den beiden jeweils miteinander korrespondierenden Gegensatzpaaren in dasselbe Rechtsgut durch hoheitlichen Eingriff in derselben Modalität, nämlich durch Zufügung eines zusätzlichen Übels, eingegriffen wird, kann bei natürlicher Betrachtungsweise[120] ein qualitativer Unterschied nicht anerkannt werden. Für alle Strafen im weiteren Sinne gilt daher auch der Satz, daß sie wegen der Schaffung eines zusätzlichen Übels rechtlich und sittlich nur unter Beachtung des Übermaßverbotes zu legitimieren sind.

Wenn dennoch von der noch herrschenden Meinung in der Disziplinarrechtsliteratur und dem Schrifttum, das sich mit der Qualifizierung des Verwaltungsunrechts befaßt, Kriminal-, Disziplinar- und Verwaltungsstrafe, was die Geldstrafe (-buße) betrifft, als ein aliud charakterisiert werden,[121] so kann dies nur deshalb geschehen, weil von einem andersartigen Unrechtstatbestand auf eine andersartige Rechtsfolge geschlossen wird, wobei unbeachtet bleibt, daß einem anders-

---

119) NJW 67, 1651 f. mit kritischer Anm. von Rupp, ebd., der kritisiert, daß das BVerfG seine grundsätzliche Haltung zum Problem der Doppelbestrafung gleichwohl nicht aufgegeben hat. In NJW 70 507 ff. erweitert das BVerfG diese Rechtsprechung konsequent - bei Stimmengleichheit - auch auf die korrespondierenden Rechtsfolgen der Geldbuße und Geldstrafe.

120) Hierauf wird zuwenig abgestellt. Der Gesetzgeber könnte sonst Art. 103 Abs. III GG durch Zweckänderungen von Sanktionen beliebig manipulieren.

121) Vgl. Lindgen I, S. 3; Schütz, Disziplinarrecht, S. 73; Behnke, BDO, S. 59; Göhler, vor § 1 OWiG; Schoreit, GA 67, 225; Patzig, DVBl. 67, 309 ff.; s.u. § 9.

artigen Unrechtstatbestand auch eine dementsprechend andersartige Rechtsfolge zuzuordnen ist.

Es gilt nunmehr darzulegen, warum das Beamtenverhältnis kein Unterwerfungsverhältnis und die Disziplinarstrafe keine ultima ratio zur Ordnung des Dienstverhältnisses ist.

Es ist bereits oben ausgeführt worden, daß das Beamtenverhältnis mangels eines rechtsfreien Raumes kein besonderes Gewaltverhältnis ist. Das allein würde aber noch nicht das Unterordnungsverhältnis beseitigen; denn auch das allgemeine Gewaltverhältnis ist ein Unterwerfungsverhältnis und dennoch nicht rechtsfrei.

Das Beamtenverhältnis ist seit langem hoheitlich ausgestaltet. Es handelt sich hierbei um den Kern innerhalb der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, und es nimmt nicht wunder, daß dieses Prinzip im Brennpunkt der Reformbestrebungen um das Berufsbeamtentum steht.[122)]

Der öffentlich-rechtliche Charakter des Beamtenverhältnisses wird primär durch seine Funktion, der Wahrnehmung eines Amtes, das unmittelbare und ausschließliche Handeln für und im Interesse des Gemeinwesens, begründet,[123)] das zurückstrahlt auf das Innenverhältnis. Das gilt für alle Beamtenverhältnisse, ob nun im einzelnen ein Amt anvertraut ist oder nicht; denn der Beamte ohne Amt ist die Ausnahme und

---

122) Dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Beamtenverhältnisses ist die Ernennung (gestaltender Verwaltungsakt) adäquat, jedoch nicht essentiell, da auch durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag das Beamtenverhältnis begründet werden könnte (öffentlich-rechtliches Gleichordnungsverhältnis; maßgebend das Amt als Vertragsgegenstand); s.a. Schäfer, DJT 70, O 17; auf dieser Grundlage ist auch ein einheitliches öffentliches Dienstrecht möglich.

123) S.a. Fischbach, BBG I, S. 17 ff., 21, der einer mehr funktionalen Betrachtungsweise zuneigt. Vom Angestellten des öffentlichen Dienstes unterscheidet sich der Beamte nur dadurch, daß er seine ganze Kraft und Persönlichkeit zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben und der zu ihrer Wahrnehmung gegebenen Wirkungsmacht als Ausfluß der Staatsgewalt einzusetzen hat. Zum Problem der Ämter und Behörden s. Forsthoff, a.a.O., S. 411 ff.; Herb. Krüger, Allg. Staatslehre, S. 259 ff.

Ausnahmetatbestände sind für Deduktionen ungeeignet. Auch geht das typisch öffentlich-rechtliche Element nicht im Bereich des Verwaltungsprivatrechts verloren.

Ferner darf nicht übersehen werden, daß der Beamte freiwillig ein gegenseitiges Dienst- und Treueverhältnis eingeht, dem einer Summe von Pflichten ein Äquivalent an Rechten wie bei allen gegenseitigen Rechtsverhältnissen[124] eigentümlich ist, so erwächst die Fürsorgepflicht des Dienstherrn nicht aus seiner Diensthoheit - das wäre feudalistisch-, sondern aus der Teleologie des gesamten Rechtsverhältnisses. Von einer Unterwerfung des Beamten unter eine wie auch immer gearteten Gewalt des Dienstherrn kann daher keine Rede

---

124) Auch wenn die Dienstbezüge des Beamten nach allg. Meinung kein Entgelt für geleistete Dienste sind (vgl. BVerfG i. NJW 63, 1395; Bochalli, Rdnr. 1 zu § 82 BBG), sondern Alimentation für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft, so muß doch anerkannt werden, daß der Beamte seine Dienste zur Verfügung stellt, nur weil er dafür eine Unterhaltsleistung erwartet. Ein synallagmatisches Band im Sinne eines "do ut des" zwischen Alimentation und Dienstbereitschaft kann daher nicht geleugnet werden. Im übrigen erhält auch der Arbeitnehmer seinen Lohn dafür, daß er seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt (arg. §§ 615, 616 BGB, § 1. Lohnfortzahlungsgesetz; ferner die Lehre vom Betriebsrisiko; alles Ausnahmen der §§ 320 ff. BGB). Diese Ausnahmen sind so einschneidend, daß im modernen Arbeitsrecht der Austauschvertrag hinter dem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis, das nur noch durch einen gegenseitigen Vertrag (i.d.R.) begründet wird, sich dann aber mehr und mehr durch Gesamtvereinbarungen, Betriebsanordnungen und Direktionsrecht (letzteres allerdings nur im Rahmen des § 305 BGB) verselbständigt und sich zu einem Organismus und Prozeß entwickelt. Eine Parallele zum Beamtenverhältnis läßt sich deutlich ziehen, in dem der Gesetzgeber die Funktion der Sozialpartner übernimmt und das Weisungsrecht das Direktionsrecht ersetzt. Wenn noch Unterschiede bezüglich der Altersversorgung bestehen (hier Alimentation, dort versicherungsrechtliche Lösung), so ist dieser Divergenz nicht wesentlich für das Funktionieren des öffentlichen Dienstes und im Interesse einer besseren Fluktuation zwischen Privatwirtschaft und öffentlichem Dienst zugunsten der versicherungsrechtlichen Lösung zu beseitigen; s.a. Schäfer, DJT 70, O 21, unter Hinweis auf O. Hintze, a.a.O., S. 63 ff.

sein;[125] dies folgt andererseits auch aus der strengen Unterworfenheit des Beamten unter den Willen des Gesetzes und seiner Neutralitätspflicht[126] sowie seiner erschwerten Entlaßbarkeit. Die Einstellung erfolgt daher auch durch einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt, der Begriff "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" ist verfehlt.[127]

Das Beamtenverhältnis ist im weiteren Sinne ein Arbeitsverhältnis; denn der Beamte leistet in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis gegen Entgelt[128] (Fürsorge des Dienstherrn) Dienste, und letztlich aus der Besonderheit dieser Dienste resultiert der öffentlich-rechtliche Charakter dieses Rechtsverhältnisses. Anders verhält es sich im allgemeinen Statusverhältnis des Bürgers zum Staat. Hier greift nicht eine besondere Pflichtenstellung ein, die dem "Rechtsverhältnis"[129] den Charakter eines öffentlich-rechtlichen Treuverhältnisses gibt, sondern die allgemeine, nur durch die Grundrechte und die tragenden Verfassungsprinzipien begrenzte, Unterworfenheit unter den Staatswillen.

Die Parallele mit einem Arbeitsverhältnis drängt sich auch aus anderen Gründen auf, über die noch weiteres ausgeführt

---

125) Jedenfalls ist sie nicht stärker als diejenige des Arbeitnehmers unter das Direktionsrecht des Arbeitgebers; so weist auch Fischbach, a.a.O., S. 17, darauf hin, daß Subordinationsverhältnisse nicht auf das öffentliche Recht beschränkt sind.

126) Der Beamte hat im Interesse der Gesamtheit tätig zu sein; Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 73 zu Art. 33 Abs. V GG; Ule i. Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 601 ff.; Grewe, 39. DJT, D 10; Herb. Krüger, AöR 88, 134 f.; §§ 52 Abs. I BBG, 35 BRRG.

127) Der Terminus stammt von O. Mayer, Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1895, Bd. I, S. 98, Bd. II, S. 221 ff. Heute ist der Begriff "mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt" angemessener; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 207.

128) Vgl. Anm. 124.

129) Ein Rechtsverhältnis im eigentlichen Sinne besteht freilich mangels Konkretisierung des objektiven Rechts zu subjektiven Rechten und Pflichten noch nicht.

wird. Hier sei nur darauf hingewiesen, daß es auch dort einseitige Pflichtenbegründungen nach Vertragsschluß geben kann, nämlich durch die sog. Betriebsanordnungen.[130] Die häufig zur Begründung des öffentlich-rechtlichen Charakters des Beamtenverhältnisses angeführte einseitige Pflichtenbegründung[131] ist daher nicht typisch für das Beamtenverhältnis. Sie ist vielmehr überall dort anzutreffen, wo der Einzelne in einen "Betrieb"[132] organisatorisch eingegliedert wird und dem Direktionsrecht resp. dem Weisungsrecht der "Betriebsleitung" unterliegt.

Rechtfertigen läßt sich diese soziologische Tatsache aus dem Betriebszweck (Institutionszweck), und sie unterliegt insoweit keinen Bedenken, als nicht Individualrechte betroffen sind. Im Beamtenrecht greift hier der Gesetzesvorbehalt ein, während sich die Grenze des Direktionsrechts im Arbeitsrecht aus § 305 BGB und den einschlägigen Gesamtvereinbarungen ergibt.[133]

---

130) Diese beziehen sich auf die Betriebsordnung im engeren Sinne und gehören somit zu den früher einseitig vom Arbeitgeber bestimmbaren formellen Arbeitsbedingungen, die heute gem. § 56 Abs. I a), b) und f) BetrVG nur durch Betriebsvereinbarungen bestimmt werden können; vgl. dazu Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, S. 224, der die Unterwerfung als typischen Inhalt des betrieblichen Arbeitsverhältnisses bezeichnet. Auch haben die Betriebsvereinbarungen normativen Charakter (BAG, AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG). Daß daneben auch eine Möglichkeit der einseitigen Änderung des Rechtsverhältnisses durch einen Gesetzgebungsakt besteht, begründet ebenfalls keinen Unterschied zum Arbeitsverhältnis. Der Staat wird hier nicht in seiner Funktion als Dienstherr tätig, sondern als Gesetzgeber (staatliche Funktionenteilung).

131) Plog-Wiedow, Rdnr. 3 ff. zu § 2 BBG; Hefele-Schmidt, Nr. 3 zu Art. 2 BayBG; Leusser-Gerner, Nr. 2 zu Art. 2 BayBG. Von der h.M. wird das Schwergewicht zu Unrecht auf das Subjektionsverhältnis gelegt, entscheidend sind vielmehr Funktion und gesteigertes Treueverhältnis.

132) Der Begriff ist hier soziologisch zu verstehen. Gemeint ist eine organisatorische Einheit von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln mit dem Ziele, durch Zusammenwirken einen bestimmten Zweck zu erreichen; angelehnt an den arbeitsrechtlichen Betriebsbegriff; vgl. dazu Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, S. 39.

133) Vgl. Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 53; ferner § 121 GewO.

Es ist festzuhalten, daß sich der Beamte wie der private Arbeitnehmer in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis befindet, das sich beim Beamten zu einem rechtlichen Über-Unterordnungsverhältnis steigert. Das Subjektionsverhältnis, welches rechtstheoretisch zur Begründung der Strafe als Unrechtsfolge ausreicht (ein Gewaltverhältnis braucht nicht vorzuliegen, vgl. das allgemeine Verhältnis Bürger - Staat), tritt jedoch auf Grund eines stillen Bedeutungswandels, den das Beamtenverhältnis durchgemacht hat, heute zugunsten einer funktionalen Betrachtungsweise in den Hintergrund. Im Zuge der Strukturveränderungen im öffentlichen Dienst wird auf die eigenverantwortliche, neutrale Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch den Beamten (interessenausgleichende Funktion)[134] besonders abzustellen sein, soll nicht das Spezifische des Berufsbeamtentums verloren gehen, das sich zwei Jahrhunderte in Deutschland bewährt hat.

Aus den aufgezeigten Gründen ergeben sich auch rechtstheoretische Bedenken gegen die Strafe im Disziplinarrechtssystem.

b) Strafe und Übermaß[135]

Es wurde oben ausgeführt, daß die Strafe u.a. wegen ihres Eingriffs in wesentliche Individualgüter nur das letzte noch ausreichende Mittel zur Erfüllung eines legitimen Zweckes ist (Notwehrgedanke). Zu prüfen ist daher, ob es nicht noch andere, weniger einschneidende Sanktionen gibt, um das Beamtenverhältnis zu ordnen, d.h. auf Pflichtverletzungen rechtlich zu reagieren. Hierbei spielt der Gedanke der Dis-

---

134) So etwa Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 58 und Thieme, 48. DJT 1970, Bd. I, D. 13; a.M. die h.L.; vgl. Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 404; Scheerbarth, Beamtenrecht, S. 31; eingehende Würdigung oben S.

135) Grundlegend zur Bindung des Gesetzgebers an das Übermaßverbot Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 26 ff.

ziplinarstrafe als Kündigungsersatz eine wesentliche Rolle. Weil der pflichtvergessene Beamte nicht kündbar ist, so argumentiert ein Teil der Lehre, muß es möglich sein, ihn durch Strafen zu einem ordnungsgemäßen Verhalten in Zukunft anzuhalten.[136] Hinsichtlich der Voraussetzungen dieser Argumentation ist festzuhalten, daß es sich bei der zum Vergleich heranzuziehenden Kündigung nur um eine solche wegen begangener Pflichtwidrigkeiten handeln kann, da nur sie überhaupt für eine disziplinarrechtliche Betrachtung in Frage kommt.

Nach § 626 BGB ist eine außerordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen nur aus wichtigem Grund zulässig. Das ist nunmehr auch nach der gesetzlichen Neufassung der Bestimmung der Fall, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Zeitpunkt einer ordentlichen Kündigung[137] unter Berücksichtigung aller Umstände nicht zugemutet werden kann.

Aber auch die ordentliche Kündigung ist durch § 1 Abs. I und II KüSchG stark eingeschränkt.[138] Auch bei der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers aus Verhaltensgründen

---

136) Die Disziplinarmaßnahme soll nach dieser Auffassung einen rein präventiven Charakter haben, jedoch keine Erzwingungsstrafe sein. Rein präventive Maßnahmen geraten jedoch ganz zwangsläufig in die Nähe dieser Kategorie der Strafe.

137) BAG, AP Nr. 16 zu § 626 BGB; BAG, AP Nr. 1 zu § 133 b GewO.

138) Zum Grundgedanken des Kündigungsschutzes schreibt Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 748: "Der Grundsatz, daß die ordentliche, meistens an bestimmte Fristen gebundene Kündigung beiden Seiten ... jederzeit freisteht ..., läßt sich dort nicht ohne unbillige Härte durchführen, wo einer der Beteiligten typischerweise ein besonderes, schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses hat." Das ist auch der Gedanke, der hinter dem fehlenden Kündigungsrecht des Dienstherrn steht. Beamter und Arbeitnehmer müssen entsprechend dem Sozialstaatsprinzip existenziell gegen willkürliche Entlassung geschützt werden. In Art. 20 Abs. I GG haben Arbeits- und Beamtenrecht demgemäß einen gemeinsamen Bezugspunkt.

läuft die Prüfung der sozialen Rechtfertigung auf den Gesichtspunkt der Zumutbarkeit hinaus, worunter Art und Schwere des Verstoßes sowie die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb einerseits und die wirtschaftlichen wie persönlichen Folgen andererseits gegeneinander abzuwägen und zu subsummieren sind.[139] Das sind aber auch die Gedankengänge, die bei der disziplinarrechtlichen Entlassung eines Beamten beachtet werden müssen.[140]

Einen zusätzlichen Schutz erfährt der Arbeitnehmer gegenüber einer willkürlichen Entlassung des Arbeitgebers ferner durch das von der herrschenden Lehre im Arbeitsrecht aus Art. 12 Abs. I GG und dem Sozialstaatsprinzip abgeleitete absolute Recht am Arbeitsplatz[141] und das Recht auf Gleichbehandlung.[142] Der tiefere Sinn des Kündigungsschutzes, der auch zur Annahme eines Rechts am Arbeitsplatz geführt hat, liegt darin, daß der Arbeitnehmer, dessen Lebensunterhalt ausschließlich durch seinen Arbeitsverdienst gesichert ist, einer ständigen Sorge um seine wirtschaftliche Existenz enthoben werden soll.[143] Diese Begründung trifft in vollem Umfange auch auf das Alimentationsprinzip als Kehrseite der Unkündbarkeit im Beamtenrecht zu.[144]

---

139) Nikisch, a.a.O., S. 761; BAGE 1, 117 = AP Nr. 6 zu § 1 KüSchG.

140) Lindgen I, S. 169 ff.

141) Vgl. Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, S. 193; Herschel, RdA 60, 122 f.; Katz, RdA 56, 169; Hedemann, RdA 53, 121; Molitor, BB 52, 493; zw. Hueck, LB I, S. 381; Nikisch, a.a.O., S. 248.

142) Vgl. Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 95 ff.

143) Vgl. Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 129.

144) Plog-Wiedow, Rdnr. 1 zu § 82 BBG, und 1 vor § 105 BBG; BVerfG i. NJW 63, 1396.

Es ergibt sich aus diesen Gründen für die Frage der Entlaßbarkeit kein so wesentlicher Unterschied zwischen Beamten- und Arbeitsrecht, daß er eine Erziehungsstrafe gegenüber dem Beamten rechtfertigen könnte.

Nirgendwo im Beamtenrecht findet sich auch ein Hinweis auf ein Erziehungsrecht des Dienstherrn. Darüber hinaus steht auch die Möglichkeit des Beamten, das Dienstverhältnis durch die beantragte Entlassung lösen zu lassen (Rechtsanspruch, vgl. §§ 30 BBG, 23 Abs. I Nr. 3 BRRG), einem Erziehungsanspruch entgegen. Unsere Rechtsordnung kennt allgemein Erziehungsrechte nur in einem grundsätzlich beiderseits unlösbaren Rechtsverhältnis, in dem der zu Erziehende ein Minderjähriger ist (z.B. Eltern - Kind, Staat - Kind, Vormund - Kind). Beide Merkmale fehlen im Beamtenrecht. Jede andere Regelung wäre wohl auch mit Art. 1 und 2 GG nicht vereinbar. Wenn schon der staatliche Erziehungsanspruch gegenüber dem Verbrecher aus Art. 2 Abs. I GG heraus angezweifelt werden kann,[145] um wieviel mehr muß dies für die

---

145) Ein Erziehungsrecht des Staates gegenüber dem Verbrecher ist legislatorisch nicht verankert. § 13 Abs. I S. 2 StGB spricht nur von einer "Berücksichtigung" der Strafwirkungen auf die Täterpersönlichkeit im Rahmen der Schuld. Wohl dagegen in § 5 Abs. I JGG, woraus mit arg. e contrario geschlossen werden kann, daß der Gesetzgeber ein solches für den erwachsenen Rechtsbrecher nicht anerkennt. Eine andere Frage ist die, ob nicht der Strafvollzug im Rahmen der Resozialisierung auf den Verbrecher einwirken soll, was unbedingt zu bejahen ist. Die Erziehung stellt daher nicht den Zweck der Strafe dar, sondern ist die mögliche und wünschenswert erscheinende Folge eines aus einem anderen Grunde verwirkten Strafausspruchs, der sich der Rechtsbrecher freiwillig unterziehen kann oder nicht. Der Staat straft nicht, weil er erziehen will, sondern gibt dem Verbrecher Lebenshilfe im Rahmen einer anders begründeten Strafe. Anders ausgedrückt, der Staat kann bei einer Sanktion gegen einen Rechtsbrecher immer nur hoffen, daß sie auch erzieherisch wirken möge, sie darf jedoch nicht überwiegend auf den Erziehungsgedanken gestützt werden. Hiergegen schützt den erwachsenen Menschen grundsätzlich seine Mündigkeit als Staatsbürger sowie Art. 1 und 2 Abs. I GG; in diesem Sinne wohl auch BVerfGE 22, 180 ff. (219 f.).

(Fortsetzung)

Rechtsbeziehungen des Dienstherrn zum Beamten gelten. Schließlich kennt auch das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 1896 ff., insbesondere § 1901 BGB ein nur eingeschränktes Erziehungsrecht des Vormunds über seinen volljährigen Mündel, wobei man auch dieses noch anzweifeln kann, da der Unterschied zwischen einer minderjährigen, charakterlich noch unfertigen Person, und einem Volljährigen durch die Entmündigung nicht beseitigt wird.[146)]

Endlich ist die Strafe als geeignetes Erziehungsmittel auch nur bedingt tauglich. Auf pädagogische Fragen ist hier nicht einzugehen.[147)] Zur rechtlichen Seite des Problems läßt sich jedoch folgendes ausführen.

(Fortsetzung)

... Weiterhin könnte ein Erziehungsrecht des Dienstherrn über den Beamten auch nur auf das besondere Gewaltverhältnis gestützt sein, das ist aber gerade abzulehnen. Auch die heute herrschenden Vergleichstheorien lassen den Erziehungsgedanken nur im Rahmen der schuldgerechten Strafe zu; Jescheck, Strafrecht AT, S. 49; Roxin, JuS 66, 387; Nohl, Die Erziehung, 1926, S. 29 ff.; Baumann AT, S. 11; Maurach, AT, § 6 I D, § 7 II 1 u. III; Dreher, JZ 67, 41; ebs. die Reformarbeiten, vgl. Dreher, ZStW 66, 571; BGHSt 7, 32, 89; 1, 70; 2, 200; 3, 179; 10, 330; 17, 324; RGSt 61, 417; z.T. anders allerdings die amtliche Begründung E 62, S. 69, wonach ein Überschreiten der schuldangemessenen Strafe aus spezialpräventiven Gründen zulässig sein sollte; dag. Baumann, MDR 63, 802. Jedenfalls scheidet der Erziehungsgedanke als Rechtfertigungselement der Strafe aus.

---

146) Gernhuber, Familienrecht, 1964, S. 750, und Dölle, Familienrecht II, 1965, S. 904, verneinen ein Erziehungsrecht gänzlich; deutlich Gernhuber, a.a.O., der schreibt: "Nie ist der Mündel vom Vormund zu erziehen", dieser habe nur eine Betreuungs- und Aufsichtspflicht; bei Dölle, a.a.O., heißt es: "Dagegen hat der Vormund gegenüber dem volljährigen Mündel im allgemeinen keine Erziehungsaufgaben"; ein Erziehungsrecht besteht nach Palandt, Anm.1 zu § 1901 BGB, unter Berufung auf eine dort zitierte Kammergerichtsentscheidung, nur zur Bekämpfung der geistigen und sittlichen Mängel, die zur Entmündigung geführt haben.

147) Nur soviel sei hier angemerkt, daß jede Strafe, die nur erziehen will und nicht an der Gerechtigkeit orientiert ist, den Täter verstockt werden läßt und die Einsicht in die Notwendigkeit der Strafe und damit die Besserung

(Fortsetzung)

Wenn die Strafe nur Erziehungsmittel sein will, muß sie sich ausschließlich an der Täterpersönlichkeit, also der Besserungsfähigkeit und -bereitschaft desjenigen, der erzogen werden soll, ausrichten. Konsequenterweise muß dies dazu führen, daß bei einer leichten Verfehlung und geringer Besserungsfähigkeit des Täters die Strafe überaus hart ausfallen würde. Die Strafe verliert ihren Charakter als Unrechtsfolge und wird zu einer reinen Erzwingungsfolge.[148] Da aber auch die herrschende Meinung die Disziplinarmaßnahme nicht als Erzwingungsstrafe auffaßt, liegt in diesem Punkt ein systemimmanenter Fehler der heute geltenden Disziplinarrechtsauffassung.

Schwerwiegender noch sind Bedenken gegen eine Erziehungsstrafe aus dem Gerechtigkeitsgebot (Art. 3 Abs. I, 20 Abs. III GG) und aus Art. 1 GG. Der Täter - und das gilt auch für den disziplinierten Beamten - wird als Mittel zur Erreichung der Funktionsfähigkeit der staatlichen Institution gebraucht, er ist damit Objekt, nicht Subjekt der Rechtsordnung.[149] Die Strafe muß daher in ihrem Höchstmaß[150] am Unrechtsgehalt der Tat bemessen werden, sie ist in erster Linie Sühne für begangenes Unrecht und daher vergangenheits-

---

(Fortsetzung)

... des Täters verhindert. Darüber, daß Strafen u.U. paradoxe Motivationen hervorrufen können s. Hdb. der Psychologie, 10. Bd., Pädagogische Psychologie, 3. Aufl., S. 103; ferner Gerhard Möbus, Erziehung in unserer Zeit, Köln 1958, S. 66.

---

148) Außerdem verstößt sie dann gegen Art. 1 GG, wonach die Würde des Menschen verletzt ist, wenn eine Strafe nicht am Schuld- und Unrechtsgehalt der Tat orientiert ist; Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 32 zu Art. 1 Abs. I GG.

149) Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 34 zu Art. 1 Abs. I GG.

150) So jetzt auch die Spielraumtheorie der Respr.; BGHSt 7, 32; 16, 353.

bezogen.[151] Daß daneben auch ein erzieherischer Zweck verfolgt wird, versteht sich; denn der Täter soll später wieder in die staatliche Gemeinschaft aufgenommen werden. Dies zu berücksichtigen ist aber in erster Linie Sache des Vollzuges,[152] nicht der verurteilenden Instanz; denn Erziehung - besser Resozialisierung - ist ein in der Zeit ablaufender Prozeß. Die Resozialisierung beginnt mit dem Vollzug, endet aber noch keineswegs mit ihm (bei Geldstrafen resp. -bußen reduziert sich der maßgebliche Zeitraum auf den Zeitpunkt der Zahlung), sondern setzt sich fort bis auf die erste Zeit nach dem Wiedereintritt in die Gemeinschaft.

Demgegenüber muß ein modernes Disziplinarrecht, um sich als ein aliud von den verwandten Rechtsgebieten zu unterscheiden, unter Abkehr vom Strafcharakter der Unrechtsfolge streng zukunftsorientiert und unmittelbar verwaltungsbezogen sein. Der Erziehungsgedanke erfüllt diese Forderungen nur in der ersten Voraussetzung. Zudem ist er in der herrschenden Lehre nicht konsequent durchgeführt; denn der disziplinarrechtlichen Entlassung kann zweifellos keine Erziehungsfunktion zukommen. Um den Widerspruch zu lösen, muß sie die erzieherische Funktion der Disziplinarmaßnahme um die "epurierende Disziplin" erweitern.[153] Damit fehlt dieser Lehre aber die notwendige Geschlossenheit.

---

151) Sax i. Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 923 ff.; Max Scheler, a.a.O., S. 366, wo es heißt: "Eine erzieherisch wirkende Strafe hat nur dort sittliche Rechtfertigung, wo der Täter noch nicht als volle Person anerkannt ist." "Auch der Schädiger, und eines beliebig schweren Verbrechens Schuldige, hat aber das sittliche Recht - so er mündig und zurechnungsfähig ist -, eine Anerkennung seiner Person und seiner Würde als sittliches Wesen zu fordern."

152) In diesem Sinne auch Welzel, Strafrecht, S. 243.

153) Vgl. Lindgen I, S. 1 u. 3. Erziehungszweck und Reinigungszweck sind miteinander nicht vereinbare Größen, da die epurierende Disziplin in erster Linie an der Schwere des Dienstvergehens ausgerichtet ist, der Erziehungswert jedoch an der Besserungsfähigkeit und -bereitschaft des Beamten.

Es zeigt sich, daß die Argumente, mit denen die überkommene Vorstellung die Erforderlichkeit der Disziplinarmaßnahme als Erziehungsstrafe begründet, dogmatisch nicht haltbar sind.

Über die verfassungsrechtliche Problematik des Übermaßverbotes im Disziplinarrecht soll an anderer Stelle näher eingegangen werden.[154)]

Abschließend sei noch ein Wort SCHOPENHAUERs zitiert:[155)] "Den Staat kümmern Wille und Gesinnung, bloß als solche ganz und gar nicht; sondern allein die That wegen ihres Korrelats, des Leidens von der anderen Seite." Dieses "Leiden von der anderen Seite" kommt in der modernen Strafrechtsdogmatik wohl zu kurz. In das Disziplinarrecht übersetzt heißt dies, daß für die Unrechtsfolge die gegenwärtigen und zukünftigen Auswirkungen der Dienstpflichtverletzung auf das ausgeübte Amt entscheidend sind, nicht dagegen die Gesinnung des Beamten.

c) Die Strafe im Rechtssystem

Strafe findet sich in unserem Rechtssystem als Unrechtsfolge dort, wo wichtige Individual- oder Gemeinschaftsgüter absolut geschützt werden sollen.[156)] Dies ergibt sich aus den Notwehrgedanken.[157)] Es ist jedoch zu fragen, ob es wirklich Aufgabe des Disziplinarrechts ist, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung, die jedenfalls in ihrer abstrakten Form als wichtiges Gemeinschaftsgut anerkannt werden muß, zu schützen.

---

154) Darüber u. § 10 II b).

155) Die Welt als Wille und Vorstellung, Ausg. Deussen, Bd. I, 1924, S. 407.

156) Abgestuft als Kriminalstrafe oder Strafe i.w.S. je nach Art und Schwere der Rechtsbeeinträchtigung; vgl. Baumann, Strafrecht AT, S. 8 u. 30 ff.

157) Vgl. Sax, a.a.O., S. 910 ff., 954; s.o. § 7 II a), Anm. 111.

Bei abstrahierender Betrachtungsweise ist diese Frage sicherlich zu bejahen. Man gelangt hierbei jedoch schon an die Grenzen einer funktionalen Betrachtung; denn letztlich dient das gesamte Verwaltungsrecht diesem Zweck, wenn es auch, wie das Disziplinarrecht, nur Mittel zu einem weiteren Zweck ist. Außerdem wird die Funktionsfähigkeit der Verwaltung neben dem Vertrauen der Allgemeinheit in die Amtsführung als Rechtsgut in den §§ 331 ff. StGB geschützt,[158] so daß sich von der ratio legis her, kein Unterschied zum Strafrecht ergibt.

Das Disziplinarrecht sollte sich daher in seiner Zielsetzung auf die unmittelbar angestrebte Regelung eines konkreten Beamtenverhältnisses unter Einbeziehung des Amtes beschränken. Dann aber verbietet sich die Strafe als Unrechtsfolge; denn von einem überragenden Gemeinschaftsinteresse kann dann nicht mehr gesprochen werden. Dieser Betrachtung fehlt die Abstraktion des strafrechtlichen Rechtsgutsbegriffes, die den Gehalt des Rechtsgutes im Strafrecht ausmacht.

Die Strafe bezweckt typischerweise auch die Unterwerfung des Rechtsbrechers unter die allgemeine Rechtsordnung. Der Rechtsbrecher verletzt zwar ebenfalls seine Pflicht aus einem besonderen Rechtsverhältnis, nämlich demjenigen des Bürgers zum Staat, aber es reichen die üblichen Unrechtsfolgen nicht aus, weil damit die Verletzung der Rechtsordnung an sich[159] und des allgemeinen Rechtsfriedens nicht

---

158) Vgl. insbes. Maurach, Bes.T., S. 698, der als Grundtypus des verletzten Rechtsgutes aller Amtsdelikte das "öffentliche Vertrauen in die Reinheit der Amtsführung" bezeichnet. Dadurch wird deutlich, daß sich das Strafrecht in erster Linie auf die Rechtsstellung des Beamten nach außen bezieht; teilw. abw. Schönke-Schröder, Vorbem. 1 ff. vor § 331 StGB, der als geschütztes Rechtsgut auch das interne Dienst- und Treueverhältnis ansieht.

159) Bei der Verletzung der allgemeinen Rechtsordnung kommt es auf die Verursachung eines konkreten Schadens nicht an. Es ließe sich allenfalls ein abstrakter Sozialschaden konstruieren.

gesühnt ist.

Öffentlich-rechtlich ausgeübte Strafgewalt erweist sich wegen des typischen Unterwerfungsverhältnisses als Ausfluß der Staatsgewalt,[160] Staatsgewalt aber wird im Verhältnis des Dienstherrn zum Beamten nicht ausgeübt; denn Disziplinarrecht ist Dienstherrnrecht, erwächst also nicht aus der Strafhoheit des Staates.[161] Dies folgt daraus, daß auch im öffentlich-rechtlich ausgestalteten Beamtenrecht ein Restbestand allgemeinen Dienstvertragsrechts enthalten ist. Dementsprechend fordern manche Autoren die Abschaffung des das Beamtenverhältnis begründenden Verwaltungsaktes,[162] eine Auffassung, der beizupflichten ist, soweit sie den Verwaltungsakt durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ersetzen will, die jedoch abzulehnen ist, sofern sie den öffentlich-rechtlichen Charakter des Beamtenverhältnisses und damit das Berufsbeamtentum selbst beseitigen will.[163] Die Auffassung, die ein einheitliches Dienstrecht für den öffentlichen Dienst auf privatrechtlicher Basis schaffen will, verkennt die seit Arnold KÖTTGEN in das Beamtenrecht eingedrungene Auffassung von den Funktionen des Berufsbeamten in der parlamentarischen Demokratie, die heute allerdings nicht mehr unbestritten sind.[164]

---

160) Jescheck, Strafrecht AT, S. 8. Über die Strafgewalt von Verbänden ders., a.a.O., S. 10.

161) Everling, RVBl. 35, 665; Wilhelm, BayVBl. 62, 167; Meyer-Henschel, ZBR 63, 277; a.M. Wenzel, Das Dienststrafrecht in Bayern, 5 II.

162) Vgl. hierzu Schäfer, DJT 70, O 17; Thieme, DJT 70, D 1 ff.

163) S.a. Quaritsch, DJT 70, O 52 f.

164) S.o. auf S. 94 Anm. 90.

§ 8

Der Berufsbeamte in der heutigen Gesellschaft

I. Die überkommene Auffassung vom Berufsbeamten

Für die Begründung der herrschenden Lehre über die Auffassung vom Wesen des Disziplinarrechts sind vor allem zwei überlieferte Ansichten maßgebend; dies sind: Der Beamte als geistiges und sittliches Vorbild und der Beamte als Repräsentant des Staates. Beide Auffassungen gehören nicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. V GG,[165] und sind auch sonst kein positiviertes Recht.[166] Vielmehr handelt es sich um für die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums nicht erforderliche und darüber hinaus fragwürdige überlieferte Anschauungen zur ethischen und staatstheoretischen Untermauerung überspannter Anforderungen an den Beamten sowie zur Rechtfertigung eines angeblichen Erziehungsrechts des Dienstherrn über seine Beamten.[167]

---

165) Zum Begriff "Berufsbeamtentum" als Ausgangspunkt für die Auslegung des Art. 33 Abs. V GG vgl. einerseits Thieme, Der öffentliche Dienst..., S. 43 f. und Ule i. Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 565, andererseits Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 54 zu Art. 33 Abs. V GG.

166) Vgl. die Ausführungen bei Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 62 ff. zu Art. 33 Abs. V GG; Ule, a.a.O., S. 570 ff.; Thieme, a.a.O., S. 46 ff. Die Definition des Beamtenverhältnisses als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis (§§ 2 Abs. I BBG, 2 Abs. I BRRG) beinhaltet nicht notwendigerweise seine angeblich integrierende und repräsentative Funktion. Auch spricht § 54 S. 3 BBG nur von der Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit, die sein Beruf erfordert.

167) Vgl. etwa Behnke, BDO, 1. Aufl., S. 72, unter Hinweis auf Lorenz v. Stein, Verwaltungslehre, 2. Aufl. 1869, 1. Bd., S. 225; Reuß, JR 59, 132; dazu auch Kempermann, ZStW 56 (1937), S. 6; Eb. Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 864; Maack, Grundlagen des studentischen Disziplinarrechts, S. 84 f.; BDH i. ZBR 59, 402;

(Fortsetzung)

a) Der Beamte als geistiges und sittliches Vorbild

Noch heute werden von vielen Autoren[168] und insbesondere auch der Rechtsprechung[169] außerordentlich hohe sittliche Anforderungen an das außerdienstliche Verhalten des Beamten gestellt, so nahm sich zum Beispiel der Dienstherr das Recht, die Übersendung der Ehescheidungsakten ohne Zustimmung des Beamten vom Scheidungsgericht zwecks disziplinarrechtlicher Auswertung anzufordern, dem in aller Regel auch nach dem Grundsatz der Rechts- und Amtshilfe unter Behörden entsprochen wurde, ungeachtet schwerwiegender Bedenken aus Art. 1 und 2 GG.[170]

Der Beamte, so wird argumentiert,[171] habe in geistiger und sittlicher Hinsicht über dem Durchschnitt vergleichbarer

---

(Fortsetzung)

... einschränkend BDH i. NJW 66, 689; Bochalli, Rdnr. 17 zu § 54 BBG; vgl. auch Stenographische Berichte der 110. Sitzung des BT vom 12.5.1967, S. 5209 f.; Prestung, ZBR 57, 345 ff.; Bank, ZBR 58, 153; kritisch Lindgen, ZBR 62, 138.

---

168) S.o. Anm. 167.

169) BDH i. ZBR 59, 402. Jedoch ist ein deutlicher Wandel in den letzten Jahren zu verzeichnen; vgl. BDH i. DVBl. 66, 144 u. 145, wo es heißt: "Es ist nicht die Aufgabe des Disziplinarrechts, einen Beamten in moralischer und ethischer Hinsicht zu einem Mustermenschen zu machen."

170) Dazu Wilhelm, ZBR 64, 213, der darauf hinweist, daß das Problem nicht allein unter dem Blickwinkel des § 299 Abs. II ZPO, Art. 35 GG zu betrachten ist. Nunmehr hat auch das BVerfG entschieden, daß gegen die Übersendung von Ehescheidungsakten zur Aufklärung von Dienstpflichtverletzungen Bedenken aus Art. 2 Abs. I GG bestehen und dem Ersuchen nur ausnahmsweise bei dringenden dienstlichen Interessen stattzugeben ist (BVerfG i. NJW 70, 555 ff.).

171) Behnke, a.a.O.; BDH i. ZBR 59, 403; Reuß, a.a.O.

Berufsgruppen zu stehen, ungeachtet der Tatsache, daß das soziale Prestige des heutigen Beamten im Verhältnis zu dem der königlichen Staatsdiener einer vergangenen Epoche eine wesentliche Einbuße erlitten hat.[172] Dies schon deshalb, weil in einer parlamentarischen Demokratie nicht der Glanz eines Monarchen auf seine ursprünglich persönlichen Bediensteten abstrahlen kann. Der heutige Beamte dient in der Anschauung des Bürgers einem gänzlich abstrakten und dazu noch angefeindeten Gebilde Staat.[173] Eine gewisse Staatsverdrossenheit ist heute allenthalben feststellbar, eine Tatsache, die nach der totalen Inanspruchnahme des Menschen durch das 3. Reich verständlich, wenn auch nicht billigenswert ist.

Eine weitere Divergenz zwischen Sein und Sollen hinsichtlich der Anforderungen an das Berufsbeamtentum ergibt sich daraus, daß sich die Eingangsvoraussetzungen für die Beamtenlaufbahnen nicht wesentlich von denen der Angestellten im öffentlichen Dienst unterscheiden.[174] Die Bezahlung der Beamten ist im Verhältnis zur Privatwirtschaft im allgemeinen auch unter Berücksichtigung der fehlenden Sozialabgaben schlechter.[175]

---

172) Seuermann, ZBR 65, 3; Neeße, NDBZ 66, 70; Scheerbarth, ZBR 66, 204 f.; vgl. ferner grundlegend Wilhelm Korff, Ehre, Prestige, Gewissen, S. 48 u. 76.

173) Das angestrebte Vertrauensverhältnis, in dem der Staatsbürger das Gefühl hat, der Beamte wahre seine Rechte, wird solange nicht erreicht werden, wie die hoheitliche Seite des Beamtenverhältnisses überbetont wird.

174) So wird als Voraussetzung zur Eingruppierung in die Vergütungsgruppe BAT II, die in etwa der Besolgungsgruppe A 13 entspricht, i.d.R. ein abgeschlossenes Hochschulstudium verlangt, eingedenk der Schwierigkeiten einer vergleichenden Gegenüberstellung, die sich daraus ergeben, daß die Angestellten im öffentlichen Dienst nach sog. Tätigkeitsmerkmalen eingruppiert werden, während der Beamte nach dem übertragenen Amt bezahlt wird; vgl. Uttlinger, Erl. zu § 22 BAT; Anlage 1 a) zu BAT; Anhang C zu BAT, Vergütungstarifvertrag Nr. 7 zu BAT, Vergütungstabelle.

175) Adams, BayBZ 65, 182 ff.

Nun ist das Einkommen allein kein hinreichendes Kriterium für das soziale Prestige, aber es kommt ihm dennoch in unserer Konsumgesellschaft eine wesentliche Bedeutung zu, will doch der Beamte beim Konsum immer hochwertigerer Güter nicht abseits stehen.

Als letztes und entscheidendes Argument gegen eine geistige und sittliche Überforderung des Beamten darf hier Arnold GEHLEN[176] zitiert werden, der zur anthropologischen Kategorie der Institution schreibt: "Es gibt Institutionen mit großen Ansprüchen, die geradezu habituelle Gesinnungen vorschreiben: ... Es ist zuzugeben, daß auch sie (die Gesinnung) ihren eigenen Entleerungsmodus produzieren kann, wie jede Gewohnheit, aber es handelt sich dennoch um eine bedeutende anthropologische Kategorie. Das Wunderwerk eines hochdifferenzierten und zugleich unnachgiebigen Ethos ist übrigens im Anfang stets das Zuchtresultat kleiner und überschaubarer Gemeinschaften, es verliert auch diese Anfangsbedingungen nie ganz. Man kann breite Massen mit Gesinnungen überfordern."

Einer hochstehenden Gesinnung haftet immer etwas Elitäres an, die Elite[177] aber ist dem Gesetz der kleinen Zahl unterworfen. Der heutige Massenstaat verlangt demgegenüber nach einer zahlenmäßig angemessenen Verwaltung, die den Elitegedanken von selbst ausschließt.[178]

Während sich weiterhin das preußische Beamtentum durch hohe Anforderungen an Bildung und Ausbildung nur aus gehobenen Schichten rekrutierte, erneuert sich heute der Beamtenstand vor allem aus den mittleren sozialen Schichten.[179]

---

176) Urmensch und Spätkultur, S. 72.

177) Der Begriff der Elite wird hier im Sinne einer Funktionselite verwendet, vgl. dazu Scholler, Person und Öffentlichkeit, S. 50 ff.

178) Adams, a.a.O., S. 162 f.

179) So schon O. Hintze, Der Beamtenstand, S. 159.

b) Der Beamte als Repräsentant des Staates

1. Repräsentation und Organschaft: Von der überwiegenden Meinung in der Beamtenrechtsliteratur[180] wird der Beamte als Repräsentant des Volkes oder des Staates[181] angesehen, woraus man die Forderung nach besonderen ethisch qualifizierten Verhaltensweisen und das zu ihrer Durchsetzung institutionalisierte Disziplinarrecht ableitet. Inwieweit aber paßt der staatsrechtliche Begriff der Repräsentation auf den Beamtenstatus?

Repräsentation ist nach der von Carl SCHMITT[182] entwickelten Theorie ein Prinzip, das es erlaubt, die ideell bestehende Einheit eines Staatsvolkes ständig zu vergegenwärtigen, indem die Repräsentanten das "unsichtbare Sein" des Ganzen durch ein "öffentlich[183] anwesendes Sein" existenziell machen. Danach kann also nur Repräsentant sein, wer die Ganzheit in seiner Person verkörpert; wer nur eine bestimmte Funktion - einen Teilaspekt des staatlichen Lebens - verkörpert, nimmt an der Repräsentation nicht teil.

---

180) Schütz, Disziplinarrecht, S. 69; Sellmann, ZBR 58, 127; Thiele, DÖD 60, 61; einschränkend auch Ule, DVBl. 63, 9 und Gerber, DVBl. 51, 489 ff. mit weiteren Nachweisen aus dem älteren Schrifttum; a.M. Fischbach, BBG I, A. 12; Grewe, 39. DJT 1952, D 2 ff., 7 ff.

181) Teilweise wird auch der Begriff Staatsidee gebraucht; so z.B. von Schütz, a.a.O. Wenn man unter dem Begriff Volk die Gesamtheit des Staatsvolkes in einem bestimmten Zustand versteht, ergibt sich kein sachlicher Unterschied; vgl. dazu Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 205.

182) A.a.O., S. 204 ff.

183) Der Begriff der Repräsentation wird ganz herrschend auf die Sphäre des Öffentlichen beschränkt; Carl Schmitt, a.a.O., S. 208; Leibholz, Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentationssystems, Berlin 1929, S. 32 f.; Köttgen, AöR 19 n.F. (1930), S. 293; ders. i. VVDStRL Heft 6, S. 122.

Es kann daher in einer Monarchie nur einen Repräsentanten geben, den Monarchen und entsprechend in einer Republik, den Staatspräsidenten. Auch die Regierung nimmt entgegen Carl SCHMITT[184] nicht an der Repräsentation teil; denn wenn sie auch das "geistige Prinzip der politischen Existenz"[185] darstellt, so ist sie ihrerseits nur ein Teil der Exekutive, die wiederum nur eine Funktion der Staatsgewalt ist, und auch diese ist nicht der Staat in seiner Einheit, sondern eine neben anderen Existenzvoraussetzungen. Wie Carl SCHMITT,[186] so verlangt auch LEIBHOLZ[187] als Eigenschaft des Repräsentanten Unabhängigkeit,[188] was sich zwingend daraus ergibt, daß es im Wesen der Repräsentation liegt, dem Repräsentanten einen besonderen "personalen Wert" zuzuschreiben, auf Grund dessen er von der sozialen Gemeinschaft als Repräsentant anerkannt wird.[189] Repräsentation ist kein streng juristisches Phänomen, sondern ein soziologisches, und liegt als solches auf einer anderen Ebene als die Rechtsinstitute der Stellvertretung und Organschaft.[190] Bereits wegen der fehlenden Unabhängigkeit des Beamten[191] kann dieser nicht als Repräsentant angesehen werden.[192]

---

184) A.a.O., S. 212.

185) Nach Lorenz v. Stein, Verwaltungslehre, S. 92.

186) A.a.O., S. 212.

187) A.a.O., S. 73; dag. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 94 f. u. Köttgen, AöR 19, 297, die auch den Behörden Repräsentationscharakter zuerkennen.

188) Im Sinne einer Weisungsgebundenheit.

189) Vgl. Köttgen, a.a.O., S. 308, der allerdings auf S.298 unter Bezugnahme auf den Beamten darauf hinweist, daß Abhängigkeit und personaler Wert sich nicht ausschließen. Das ist grundsätzlich richtig, trifft jedoch nicht den Kern, da von einem Repräsentanten ein besonderer, politisch orientierter, personaler Wert gefordert wird, der nur mit einer persönlich und sachlich unabhängigen Stellung vereinbar ist.

190) Köttgen, a.a.O., S. 303.

191) §§ 55 BBG, 37 BRRG.

192) So auch Carl Schmitt, a.a.O., S. 212 f.; Leibholz, a.a.O., S. 138; Grewe, a.a.O., S. 2 ff., 7 ff.

Darüber hinaus ist es auch widersprüchlich zu sagen, der Beamte sei Organperson, als nach außen handelnder Bestandteil des Staates, und zugleich Repräsentant; denn nach allen Theorien zur Repräsentation setzt diese eine Duplizität von Person und repräsentiertem Gegenstand voraus.[193]

Auch außerhalb jeder phänomenologischen Betrachtung widerspricht es dem Rechtsempfinden, den Beamten in der heutigen Massenverwaltung, in der nicht der zuständige Sachbearbeiter dem Bürger gegenübertritt, sondern die Behörde, als Repräsentanten anzusehen, soll doch der Repräsentant ein nicht gegenwärtiges Sein existenziell, d.h. sichtbar machen.

2. Der Beamte als Integrationsfaktor: Auf insbesondere SMEND[194] geht die heute als herrschend[195] zu bezeichnende Ansicht zurück, dem Beamten komme eine hohe integrative Funktion im Staate zu, der er in jeder Hinsicht gerecht werden müsse. Richtig hieran ist die Tatsache, daß das Beamtentum der Wahrung der Stabilität und Kontinuität[196] dient, indem es sich in den Dienst der Allgemeinheit[197] stellt und hierbei im Amt den Grundsatz der parteipolitischen Neutralität zu wahren hat.[198] Dieser, in Art. 33 Abs. V GG ver-

---

193) Leibholz, a.a.O., S. 135; Carl Schmitt, a.a.O., S. 213; Köttgen, a.a.O., S. 303.

194) Verfassung und Verfassungsrecht, S. 19, 25 ff.

195) Vgl. Dernedde, DVBl. 52, 709; Reuß, VerwArch. 42 (1937), S. 383; ders. i. JR 59, 130; Schütz, Disziplinarrecht, S. 69; Behnke, DVBl. 53, 390; ders., BDO, S. 53; Köttgen, a.a.O., S. 308; Max Weber, Deutschlands künftige Staatsreform, veröffentlicht i. den gesammelten Politischen Schriften, S. 371; BDHE 5, 23 f.

196) Fischbach, BBG I, S. 12; Köttgen, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, S. 123.

197) Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 73 zu Art. 33 Abs. V GG; §§ 52 Abs. I BBG, 35 Abs. I BRRG.

198) Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O.

ankerte traditionelle deutsche Beamtenstatus hat gegenüber einem bloßen Funktionärstum in der Hand derjenigen, die die Macht dauernd oder nur vorübergehend in Händen halten, den unbestreitbaren Vorzug, daß es sich besser der Korruption erwehren kann und durch Handeln zum gemeinen Wohl einen Bruch in einer kontinuierlichen Staatsentwicklung vermeidet, letztlich also der Rechtssicherheit und der sozialen Gerechtigkeit dient.

Demgegenüber hat dieses Berufsbeamtentum als ein konservatives Element den Nachteil, daß es sich der Durchsetzung von Neuerungen, die im wohlverstandenen Staatsinteresse liegen können, zu widersetzen vermag, um so den Fortschritt zu hemmen.[199] Dieser negativen Auswirkung versucht das Beamtenrecht durch eine nur beschränkte Selbständigkeit des Beamten, die nicht bis zur sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit des Richters entwickelt ist und den Beamten dem Weisungsrecht des Vorgesetzten[200] unterwirft, zu begegnen.

Falsch ist dagegen die Theorie vom Beamten als Integrationsfaktor, wenn damit weiter ausgedrückt werden soll, der Beamte verkörpere und verbürge in seiner Person und durch sein Handeln die Einheit des Staates, er sei also Repräsentant, verbunden mit einer besonderen Wertschätzung und der Kehrseite besonderer ethischer Anforderungen an ihn.[201] Es sei zur Begründung hier nur noch auf einen anderen Gesichtspunkt hingewiesen. Wenn es auch zweifelhaft ist, den Abgeordneten als Repräsentanten zu bezeichnen, so doch weit eher, als den an ein Weisungsrecht prinzipiell gebundenen Beamten, und dennoch unterliegt er keiner Disziplinargewalt, die ihre Maßstäbe aus dem sittlichen Bereich nimmt. Es darf hieraus der Schluß gezogen werden, daß das Spezifische des

---

199) Vgl. Köttgen, a.a.O., S. 127.

200) §§ 55, 56 Abs. II BBG, 37, 38 Abs. II BRRG.

201) In diesem Sinne jedoch die h.M.; vgl. Schütz, a.a.O., S. 69; Sellmann, ZBR 58, 127; Dernedde, DVBl. 52, 710 sowie die in Anm. 195 Genannten.

gegenwärtigen Disziplinarrechts in der persönlichen Abhängigkeit des Beamten von seinem Dienstherrn, also dem besonderen Gewaltverhältnis, zu suchen ist.

3. Der Beamte im Innen- und Außenverhältnis: Die Integrationsfunktion des Berufsbeamtentums in ihrer Bedeutung als Stabilitäts- und Kontinuitätsfaktor des staatlichen Lebens ist nicht gänzlich ohne Einfluß auf die Pflichten des Beamten. Wenn sie auch keine ethisch höhere Wertigkeit des Beamten mit der Kehrseite höherer sittlicher Anforderungen zu begründen vermag, so beruhen doch die tragenden Beamtenpflichten der inner- und außerdienstlichen Gesetzes- und Verfassungstreue[202] sowie der absoluten Integrität letztlich auf ihr.

Es handelt sich hierbei um die staatsrechtliche Seite des Beamtenverhältnisses, um seine Wirkung nach außen. Die Problematik dieser Außenwirkung zeigt sich allerdings bereits, wenn man die nach der heutigen Rechtsprechung[203] als Dienstpflichtverletzung gewertete ehebrecherische Beziehung eines Beamten mit einer Kollegin betrachtet. Welchen Einfluß sollte dieses Verhalten auf das gesamte Staatswesen haben, außer dem, daß eventuell ein wandelbares sittliches Empfinden einer begrenzten Öffentlichkeit verletzt wird. Daß aber hieran der Staat Schaden nehmen könnte, ist kaum vorstellbar.[204] Noch deutlicher läßt sich das Fehlen von Außenwirkungen bei reinen Verstößen gegen die interne Behördenordnung beobachten.

Hieraus folgt, daß die bisherige Überbewertung der Außenwirkung einer Dienstpflichtverletzung durch die herrschende

---

202) §§ 52 Abs. II BBG, 35 BRRG.

203) Lindgen I, S. 756, Anm. 25 a); Behnke, BDO, S. 121.

204) Ob allerdings aus dem Gesichtspunkt der Störung des Betriebsklimas eine Dienstpflichtverletzung zu bejahen ist, ist eine andere Frage und wohl grundsätzlich zu bejahen.

Meinung[205] sachlich nicht gerechtfertigt ist. Die Integrationsfunktion ist entweder bei leichten Dienstpflichtverletzungen überhaupt nicht oder bei schweren nur mittelbar betroffen. Eine Reduzierung der theoretischen Untermauerung des Disziplinarrechts auf das Innenverhältnis des Beamtenrechtsverhältnisses, auf die interne Funktionsfähigkeit der Verwaltung,[206] ist daher sachlich richtig und hat zudem den Vorzug, auch vom verletzten Gut her, eine klare dogmatische Trennung vom Strafrecht zu ermöglichen.[207] Diese Betrachtungsweise wird auch der Subjektsituation des Beamten in der Verwaltung nach heutigem verfassungsrechtlichen Denken eher gerecht als die Lehre vom Integrationsfaktor in ihrem strengen Sinne.

---

205) Vgl. Schütz, Disziplinarrecht, S. 68 ff.; Reuß, VerwArch. 42 (1937), S. 383; ders. i. JR 59, 130; Behnke, BDO, S. 53 f.; BDHE 5, 24.

206) Auf diesen Gesichtspunkt weisen zwar auch Schütz, a.a.O., S. 69 f. und Reuß, DRiZ 63, 76; ders. i. JR 59, 131, hin, trennen ihn jedoch nicht klar genug von der staatspolitischen Außenwirkung. Wenn sich die h.M. hinsichtlich der Integrationswirkung auf PrOVGE 61, 442 beruft (vgl. Schütz, a.a.O., S. 71), so ist dem entgegenzuhalten, daß das Urteil zwar von der Leistungsfähigkeit des Beamtentums spricht, also einem Zweck, der sich unmittelbar aus dem Wesen des Beamtenrechts selbst ergibt, nicht aber von der staatspolitischen These der Integrationswirkung; ebs. auch BDH i. ZBR 54, 89. Daß sich das Disziplinarrecht eigentlich nur auf die "innere Ordnung der Beamtenschaft" beziehen sollte, wird auch vom Bericht des Ausschusses für Beamtenrecht (BT-DrS. Nr. 3594) zur Erstfassung der BDO hervorgehoben; dag. Dernedde, a.a.O., Die Beziehung auf die gesamte Beamtenschaft ist jedoch noch zu weitgehend. Auch in dieser Fassung klingt eine verfassungsrechtlich bedenkliche Objektsituation des Beamten an.

207) S.u. § 9 I a). § 54 S. 3 BBG steht dieser Auffassung dann nicht entgegen, wenn Achtung und Vertrauen, soweit sie sich auf die Öffentlichkeit beziehen, in eine Relation zur Funktionsfähigkeit der Verwaltung gesetzt werden, gleichsam als ein Indiz für das Funktionieren an sich, so daß das Vertrauen der Öffentlichkeit anders als im Strafrecht nicht das eigentlich geschützte Interesse ist. In diesem Fall kann man auch noch von einem Internum als ratio des § 54 S. 3 BBG sprechen.

II. Soziologische Strukturveränderungen im öffentlichen Dienst

Unter soziologischen Strukturveränderungen im öffentlichen Dienst versteht man eine Assimilierungstendenz zwischen Angestellten und Beamten,[208] die ihre Ursache in der Betrauung von Aufgaben an Angestellte findet, die früher ausschließlich oder überwiegend den Berufsbeamten vorbehalten waren.[209]

Bereits im Jahre 1911 schrieb Otto HINTZE[210] in einer soziologischen Studie über den Stand des Berufsbeamten, daß das soziale Hauptinteresse und Hauptproblem der Gegenwart an der Expansions- und Assimilierungstendenz des Beamtentums hänge und dieses Schichten erfaßt habe, die ihm früher nicht angehört hätten; das Arbeitsverhältnis nähere sich dem Beamtenverhältnis an.

Heute ist das Ende dieser Entwicklung noch nicht abzusehen, sie ist als sozialpolitisches Faktum[211] aber bereits den Untersuchungen um die Reform des Berufsbeamtentums zugrunde zu legen. Es geht hierbei darum, ob und in welchem Umfange das Angestelltenverhältnis von beamtenrechtlichen Grundsätzen beeinflußt wird und umgekehrt, ob ein neues einheitliches

---

208) Während diejenige zwischen Angestellten und Arbeitern eine vorwiegend arbeitsrechtliche Frage ist, handelt es sich hier um im wesentlichen verfassungsrechtliche Probleme.

209) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 1 ff.; Thieme, Der öffentliche Dienst..., S. 13; ders., Der Aufgabenbereich der Angestellten im öffentlichen Dienst, S. 8 f.; Ule i. Die Grundrechte IV/2, S. 556 f.

210) Der Beamtenstand i. Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden, Bd. III, Leipzig und Dresden 1911, S. 159.

211) Nach Verwaltungszweigen und Dienstherrn aufgeschlüsselte Statistik bei Thieme, DJT 70, D 18 ff. Weitere statistische Angaben i. Statistisches Jahrbuch für die BRD 1970, S. 385. Alle bisher veröffentlichten statistischen Unterlagen sind jedoch wenig aussagefähig, da sie keine Angaben darüber enthalten, wie hoch der Anteil der Angestellten im öffentlichen Dienst ist, der mit hoheitlicher Aufgabenerfüllung betraut ist.

Dienstrecht geschaffen werden soll sowie die hier besonders interessierende Frage, inwieweit auch das Beamtendisziplinarrecht davon berührt wird. Die ganze Streitfrage bewegt sich auf dem Boden des Art. 33 Abs. IV und V GG.

a) Der Funktionsvorbehalt zugunsten des Berufsbeamtentums

Einer faktischen und rechtlichen Gleichstellung der Beamten und Angestellten auf allen Gebieten der öffentlichen Verwaltung steht der sog. Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. IV GG entgegen, der herrschend dahingehend interpretiert wird, daß bestimmte Aufgabengebiete der Verwaltung den Berufsbeamten vorbehalten bleiben, um eine Aushöhlung des Berufsbeamtentums durch Beschränkung seines Tätigkeitskreises zu verhindern[212] (Garantiefunktion). Welche Aufgaben dies allerdings sind, ist kontrovers.[213]

Wesentlich in dieser Streitfrage ist, daß der Funktionsvorbehalt nicht nur als Garantie des Berufsbeamtentums aufzufassen ist, die dem Dienstherrn die Vorteile sichern will, die ein Berufsbeamtentum für ihm mitsichbringt, sondern auch den Schutz des Bürgers bezweckt, indem er für hoheitliches Tätigwerden im Rahmen der gesamten öffentlichen Verwaltung[214] ein fachlich qualifiziertes Berufsbeamtentum[215] fordert.

---

212) Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 32 zu Art. 32 zu Art. 33 GG.

213) Einigkeit besteht darüber, daß jedenfalls alle Akte im Rahmen der Eingriffsverwaltung hierunter fallen, nicht dagegen rein fiskalische Tätigkeit. Umstritten ist das Verwaltungshandeln auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung, insbesondere der Daseinsvorsorge; vgl. hierzu die enge Auffassung Thiemes, Der öffentliche Dienst, S. 27, und andererseits die weite Auffassung von Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 33 zu Art. 33 GG mit weiteren Nachweisen zum Streitstand, die auf die Regelung des Art. 19 Abs. IV GG verweisen.

214) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 2 zu Art. 33 GG.

215) Ob daraus allerdings ein notwendig "elitärer" Charakter des Berufsbeamtentums hergeleitet werden kann, wie dies Thieme, Der Aufgabenbereich der Angestellten im öffentlichen Dienst, 1962, S. 26, versucht, ist zweifelhaft; vgl. dazu Scheuner, Recht - Staat - Wirtschaft, Bd. IV, S. 108 f.

Daher kommt es entscheidend darauf an, in welcher Rechtsform die Behörde dem Bürger gegenübertritt. Hieraus läßt sich der Schluß ziehen, daß der Funktionsvorbehalt nur für den Bereich der Eingriffs- und schlichten Hoheitsverwaltung, nicht aber für den Bereich des Verwaltungsprivatrechts und der rein fiskalischen Tätigkeit gilt.[216]

Dieses Ergebnis wird ferner durch den Gedanken gestützt, daß Art. 33 Abs. IV GG in seiner Garantiefunktion nur ein unerläßliches Minimum an Aufgabenzuweisung für das Berufsbeamtentum enthält, um nicht die Dienstherrn des öffentlichen Rechts allzusehr in ihrer Personalhoheit einzuschränken.[217] In Einklang steht diese Auslegung wiederum mit der Tendenz des Grundgesetzes, nur grundsätzliche Strukturprinzipien für den sozialen Bereich in der Bundesrepublik zu formulieren, um die politische Entwicklung und den sozialen Fortschritt nicht zu hemmen. Das Grundgesetz geht insbesondere in gesellschaftspolitischen Grundfragen - und das Beamtenrecht ist ein wesentlicher Teil der Gesellschaftspolitik - über einen fragmentarischen Charakter nicht hinaus.[218]

---

216) Auf die "nichtobrigkeitliche, aber hoheitliche Verwaltungstätigkeit" stellt auch Wertenbruch, Justizverwaltungsblatt 1962, S. 79, ab.

217) Dieser Sinngehalt des Art. 33 Abs. IV GG geht bereits daraus hervor, daß seine Wortfassung Ausnahmen zuläßt sowie ferner daraus, daß es sich hier um eine institutionelle Garantie handelt, für die nur eine Wesensgehaltsgarantie nach Art. 19 Abs. II GG besteht; vgl. hierzu v. Mangoldt-Klein, GG, Bd. I, Anm. V 2 und III 1 b) zu Art. 19 GG; Ule, a.a.O., S. 561; Wacke, a.a.O., S. 14; BVerfGE 9, 284; Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 42 zu Art. 33 GG, die für eine Ausnahme sachliche Begründetheit verlangen.

218) Maunz, Staatsrecht, S. 36 ff. Über den Rahmen von Grundsatznormen ist das Grundgesetz vor allem im Grundrechtsteil hinausgegangen. Der Verfassungsgeber hat sich nur grundsätzlich für die Beibehaltung des Berufsbeamtentum entschieden und wollte dadurch einer zukünftigen Entwicklung einen Spielraum geben (s.a. BVerfGE 3, 58/137; 7, 155/162); zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift s. v. Doemming-Füßlein-Matz, JöR Bd. 1 n.F., S. 314 ff.

Über diese rechtliche Problematik hinaus kann die Verwaltung im Bereich der Daseinsvorsorge auch auf das Heer von Angestellten und Arbeitern nicht verzichten.[219]

b) Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums

Eine weitere Streitfrage ist die, ob die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. V GG auch auf Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes anzuwenden sind.[220]

Da unter dem Begriff des öffentlichen Dienstes im Sinne dieser Vorschrift nur das Berufsbeamtentum zu verstehen ist, muß die Frage verneint werden. Diese Interpretation folgt daraus, daß sonst das Arbeitsrecht der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes total revolutioniert werden müßte, insbesondere wäre das Streikrecht abzuschaf-

---

219) Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 13, der hervorhebt, daß auch in Krisenzeiten die Gruppe der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes nicht entlassen werden kann, da sie ein Teil des Staates geworden sind und der Staat sich nicht selbst aufgeben kann.

220) Der weiten Auffassung von Wacke, a.a.O., S. 27 ff.; Grewe, 39. DJT, D 11; Gerber, DVBl. 51, 489 ff.; Naumann, Strukturwandel des öffentlichen Dienstes, S.23 f., und Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, S. 35 ff., der aber nur die Angestellten in den Begriff "öffentlicher Dienst" i.S.d. Art. 33 Abs. V GG einbeziehen will, steht die h.L. entgegen; Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 46 zu Art. 33 GG; Pfennig, Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen, 1960, S. 33, 50; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 105 I b); Hoffmann, DVBl. 64, 458; Ule i. Die Grundrechte IV/2, S. 545, jeweils mit weiteren Nachweisen; BVerfGE 3, 186; 16, 110 f.

fen,[221] was zu einer Antinomie mit Art. 9 Abs. III GG, der das Streikrecht als institutionelle Garantie implizite garantiert,[222] führen müßte. Diese Systemwidrigkeit kann jedoch kaum in der Intention des Gesetzgebers gelegen haben.

Art. 33 Abs. V GG enthält aus diesem Grunde weder ein Gebot noch ein Verbot, den öffentlichen Dienst im weiteren Sinne beamtenmäßig auszugestalten.[223] Dagegen sind dem Ein-

---

222) H.L.: Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 393, 404; Feldmann-Geisel, Verfassungsrecht, S. 38; Giese, Erl. II zu Art. 9 GG; v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Bd. I, S. 333, mit weiteren Nachweisen; Hueck-Nipperdey, LB II, § 9, Fußn. 34 und Grundriß, S. 290; mit abw.Begr. Koellreutter, Staatsrecht, S. 57; Bauer, JZ 53, 651; BVerfG, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG und neuerdings auch BAG, AP Nr. 5 zu Art. 9 GG. Neben Art. 9 Abs. III GG läßt sich die institutionelle Garantie aus den Grundsätzen des freiheitlichen sozialen Rechtsstaates (Art. 2 Abs. I, 18, 21, 28 GG) und aus Teil II, Art. 6 Nr. 4 Europäische Sozialcharta herleiten; gegen die Herleitung nur aus Art. 2 I GG BVerfG, a.a.O., BAG, a.a.O.; Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 112 zu Art. 9 GG u. Lerche, Verfassungsr. Zentralfragen des Arbeitsrechts, 1968, S. 45.

221) Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 48 zu Art. 33 GG. Zum Streikrecht des Beamten vgl. die bei v. Münch, ZBR 70, 371, zusammengestellte Literatur. v.Münch folgert zurecht aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. I, 28 Abs. I S. 1 GG) die Unzulässigkeit des Streiks, da die Bereitstellung existentieller notwendiger Leistungen nicht mehr gewährleistet sei (S. 375); alle staatliche Tätigkeit, soweit nicht fiskalisch, sei nicht austauschbar. Der Unterschied zum Streik des privaten Arbeitnehmers ist der, daß hier der Sozialpartner unmittelbar betroffen ist, während sich der Beamtenstreik unmittelbar gegen die Allgemeinheit richtet; denn der Dienstherr steht stellvertretend für den Staat als Ganzes. Daß dieses Argument auch auf wichtige Funktionen, die von Angestellten im öffentlichen Dienst wahrgenommen werden, zutrifft, muß allerdings zugegeben werden. Dies spricht für eine Zweiteilung des öffentlichen Dienstes in Berufsbeamte (höherwertige Tätigkeit) und sonstige Angehörige des öffentlichen Dienstes (mechanische Tätigkeit).

223) z.T. abweichend Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 50 zu Art. 33 GG, die aus Art. 33 Abs. V GG ein Verbot zur Gleichstellung im Interesse der Funktionssicherung des Berufsbeamtentums herauslesen. Diese Auslegung findet jedoch im Wortlaut keinen Anhaltspunkt, der ausschließlich das Berufsbeamtentum betrifft. Dieses zahlenmäßig zu erweitern, ist allein Sache des Inhalts der Personalhoheit.

dringen arbeitsrechtlicher Vorstellungen in das Beamtenrecht durch Art. 33 Abs. V GG rechtliche Grenzen gezogen.

Insofern könnte auch eine einheitliche Ausgestaltung des gesamten öffentlichen Dienstes nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen oder als Mischform nur im Wege der Verfassungsänderung vorgenommen werden.[224] Ob dies de lege ferenda sinnvoll ist, kann im Rahmen dieser Arbeit nur kurz angesprochen werden.

Für ein einheitliches öffentliches Dienstrecht spricht die im wesentlichen gleichartige Aufgabenerfüllung. So kann es keinen Unterschied machen, ob der Patient von einem beamteten oder angestellten Arzt behandelt wird. Diesem Argument kommt jedoch keine entscheidende Bedeutung zu,[225] versieht

---

224) Ganz h.L. Die von Thieme und Wacke begründete Auffassung kann nur zu einer Ausdehnung beamtenrechtlicher Grundsätze auch auf Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst führen; vgl. dazu Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 46 ff. zu Art. 33 GG.

225) Diese Argumentation für eine Gleichstellung der Angestellten des öffentlichen Dienstes mit den Beamten scheitert daran, daß der Begriff des "Öffentlichen" nicht gleichzusetzen ist mit dem der "staatlichen Aufgabe"; BVerfGE 12, 205 ff.; Scholler, Person und Öffentlichkeit, S. 74 f.; Baethge, Der verfassungsrechtliche Standpunkt der staatlich gebundenen Berufe, S. 110 ff. Der Begriff des "Öffentlichen" ist wesentlich ein soziologischer und umschreibt einen Bereich des "für die Allgemeinheit Bedeutenden, als gemeinschaftsbezogenes und auf dem Forum der Gemeinschaft sich vollziehendes Wirken", Mikat, Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 322; Lenz, JZ 63, 349. Es dürfte allerdings schwer sein, eine Abgrenzung vom Nichtöffentlichen zu finden, da die meisten Berufe einen Bezugspunkt zum Öffentlichen haben; vgl. Rehbinder, Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse, S. 124 f.; Lenz, a.a.O.; Scheuner, VVDStRL Heft 22, S. 114; Rupp, NJW 65, 995; Rupp, Privateigentum an Staatsfunktionen, S. 16, Fußn. 27; Hans H. Klein, DÖV 65, 759; H. Peters i. Nipperdey-Festschrift, Bd. II, S. 878.
Scholler, Person und Öffentlichkeit, S. 90 ff. unterscheidet drei Bereiche der Öffentlichkeit, die qualifizierte Öffentlichkeit, publicity und die Sphäre öffentlichen Daseins, wobei unter dem letzten Begriff ein gesellschaftsbezogener Raum verstanden wird, der für die demokratischen Grundfunktionen von wesenhafter Bedeutung

(Fortsetzung)

doch auch die Gruppe der sog. staatlich gebundenen Berufe eine bedeutende öffentliche Funktion, ohne daß der Staat daran dächte, ihren privatrechtlichen Status aufzuheben.

Weiterhin muß gefragt werden, ob eine geschlossene Berufsgruppe des öffentlichen Dienstes, die konsequenterweise auch Arbeiter einschließen müßte, die fachliche, noch mehr aber die ideelle Substanz aufbringen könnte, die ein zahlenmäßig doch noch relativ kleines Berufsbeamtentum aufweist, auch wenn man den Gedanken der Repräsentation auf das Berufsbeamtentum nicht anzuwenden hat. Die ideellen Werte gehen entgegen KÖTTGEN[226] auch bei Verneinung des Repräsentationsgedankens nicht verloren, sie verlagern sich vielmehr von einem überkommenen personengebundenen Beamtenethos auf das zweckgerichtete Moment der Unparteilichkeit und der Sachlichkeit im Sinne des Gemeinwohls. Auf fachliche Qualifikation und ideelle Substanz kommt es aber entscheidend bei der Verwaltung unseres komplizierten Massenstaates mit seinen pluralistischen Tendenzen an.[227] Das ist auch der tiefere Sinn des Art. 33 Abs. V GG.

(Fortsetzung)

... ist. Der Begriff muß hier erweitert werden um den Kreis der sog. staatlich gebundenen Berufe, die mit der gesellschaftspolitischen Öffentlichkeit gemeinsam haben, daß auch sie unmittelbar für die Gemeinschaft wichtige Funktionen ausüben, ohne dem Bereich der qualifizierten Staatlichkeit anzugehören. Im neueren Schrifttum wird versucht, als Bereich des "Öffentlichen" eine Zone zwischen legitimiertem Eigennutz des Einzelnen und dem Komplex institutionalisierter Staatlichkeit anzunehmen; Herb. Krüger, Allg. Staatslehre, S. 319; Scheuner, a.a.O., S. 31 f.

---

226) Hdb. des Dt. Staatsrechts, Bd. II, S. 6 f.; wie hier Grewe, 39. DJT, D. 10.

227) s. nächste Seite.

c) Das Disziplinarrecht

Als entscheidendes Problem stellt sich hier die Frage, ob sich die bisherige strenge Auffassung vom Disziplinarrecht den gegebenen Strukturveränderungen anzupassen hat, und zwar zunächst unabhängig von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit. Die Problemstellung gewinnt ihre besondere Bedeutung aus einem Vergleich mit der sog. Betriebsjustiz im Arbeitsrecht, deren Problematik derjenigen des Disziplinarrechts ähnlich ist.[228] Auch hier geht es um die

---

227) Wenn Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 58 f., die Neutralitätsfunktion des Beamten u.a. mit der Begründung verneint, die moderne Sozialgesetzgebung lasse dem Beamten keinen nennenswerten Spielraum eigenverantwortlicher Entscheidung, so trifft dies für den Bereich der Daseinsvorsorge weitgehend zu. In diesem Bereich der Verwaltung ist aber auch der geringste Anteil der Beamten tätig (vgl. die Statistik bei Thieme, a.a.O.). Die hohe Zahl von Ermessensentscheidungen im Bereich der hoheitlichen Verwaltung läßt eine Verallgemeinerung der Voraussetzungen, von denen Forsthoff ausgeht, jedoch nicht zu. Schließlich erfordert aber auch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, ohne die auch die Sozialgesetzgebung nicht auskommt, das gleiche Maß an Loyalität und Neutralität wie eine Ermessensentscheidung. Forsthoff übersieht auch den immer noch großen Bereich der gesetzesfreien Verwaltung; dazu BVerfGE 12, 205). Forsthoff geht wohl auch von einem heute nicht mehr zeitgemäßen Neutralitätsbegriff aus. Unter Neutralität wird hier absolute Gesetzestreue verstanden, Unbestechlichkeit, Loyalität gegenüber Gubernative und Verfassung, und Abwehr von Versuchen, auf die staatliche Willensbildung im außerkonstitutionellen Wege einzuwirken (Negation des Patronagedenkens); s.a. Quaritsch, DJT 70, O 40 f. Neutralität meint nicht politische Indifferenz gegenüber politischen Regierungsprogrammen; s. Quaritsch, a.a.O. Nur für den Fall eklatanter Widersprüche mit der Verfassung erlangt die Exekutive gegenüber der Gubernative die Funktion einer eigenständigen Gewalt.

228) Für bedenkenlos zulässig hält die h.L. sog. Betriebsbußen zur Aufrechterhaltung der inneren Ordnung des Betriebes; vgl. Nikisch, Arbeitsrecht III, S. 417 ff.; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 261. Zur soziologischen Seite des Problems s. Jürgen Schmitz, Die Kriminalität in Betrieben der eisenschaffenden Industrie, Bonner Diss. 1959; vgl. ferner Monjau, DÖD 66, 87 ff.; Schulz, MDR 65, 184; Mayer-Cording, NJW 66, 227 ff.; BAG i. NJW 64, 1542; kritisch Baur, JZ 65, 163; Arndt, NJW 65, 26; Gaul, Betrieb 65, 665; Halberstadt, BlSt-SozArbR 65, 69 ff.; Kienapfel, JZ 65, 599 ff.; Herbst, BB 65, 419 ff. sowie Nikisch, NJW 64, 2388 ff.

Doppelbestrafung und darüber hinaus um eine "Verkürzung des staatlichen Strafanspruchs"[229] sowie um das staatliche Rechtsprechungsmonopol.

Eine Durchbrechung des staatlichen Rechtsprechungsmonopols ließe sich noch rechtfertigen, wenn dadurch der Betriebsfriede gewahrt bleibt und das öffentliche Interesse an der staatlichen Bestrafung des Rechtsbrechers nicht verletzt wird.

Schwerer wiegt jedoch die Tatsache, daß sich hier eine unterhalb der Staatsgewalt konstituierte Macht etabliert, die rechtlich schwer zu kontrollieren ist und auch keine Gewähr für eine ordentliche Durchführung des Verfahrens bietet,[230] ein Argument, das zweifellos auf das Disziplinarrecht der Beamten nicht zutrifft. Auf beide Institute gleichermaßen anwendbar ist jedoch der Gedanke, daß eine Mediatisierung des Bürgers vom Staat eintritt, mit der Folge einer Gewaltenhäufung,[231] die auch für den Beamten häufig faktisch unkontrollierbar wird, weil sich dieser nur allzu oft scheut, gegen ungerechtfertigte Disziplinierung gerichtlichen Rechtsschutz zu beantragen. Sowohl die Rechtsposition des Staates (Staat ist nicht gleich Dienstherr) wie die des Bürgers wird geschmälert, während der Einflußbereich unkontrollierbarer innerstaatlicher Mächtegruppierungen wächst, eine unerwünschte, wenn auch anscheinend unaufhaltsame Entwicklung.

Aus der dogmatischen Abgrenzung der beiden Institutionen heraus ergibt sich aber auch ein Unterschied, der es ange-

---

229) Hierzu insbesondere Arndt, a.a.O.; Baur, a.a.O.; Halberstadt, a.a.O., S. 63.

230) Auf diesen Gesichtspunkt weist Arndt, NJW 65, 27, hin. Die nachträgliche gerichtliche Kontrolle im ordentlichen Rechtsweg ist kein geeignetes Korrektiv, da viele Arbeitnehmer diesen Weg scheuen werden, um sich Nachteile am Arbeitsplatz und bei ihrem beruflichen Fortkommen zu ersparen.

231) Ähnlich v. Hentig, Die unbekannte Straftat, S. 55 ff.

zeigt sein läßt, das Disziplinarrecht in Richtung der hier vertretenen Auffassung zu reformieren. Während das Disziplinarrecht von einem angeblichen Erziehungsanspruch des Dienstherrn ausgeht,[232] beschränkt sich die sog. Betriebsjustiz auf Maßnahmen der "betrieblichen Selbstverwaltung",[233] die der innerbetrieblichen Ordnung zu dienen bestimmt sind, ohne daß diese Ordnung eine rein formale, wertneutrale wäre.[234]

Dieses Modell ließe sich auch auf die hoheitliche Ausgestaltung des Disziplinarrechts übertragen; denn die Betriebsjustiz hat mit einer Vertragsstrafe nichts gemein,[235] sie enthält durch ihre Verankerung in § 56 Abs. I lit. f BetrVG[236] als Sozialmaßnahme auch ein öffentlich-rechtliches Element. Die Frage, welche Maßnahmen danach das Disziplinarrecht enthalten soll, wird später behandelt.

Dagegen kann dem Versuch mancher Autoren,[237] die Betriebsstrafen nur auf Handlungen innerhalb des Betriebes und unter Ausschluß krimineller Delikte zu beschränken, nicht zugestimmt werden. Da gerade durch Straftaten innerhalb des Betriebes und andererseits Vertrauensverletzungen außerhalb,

---

232) S.o. § 7 Anm. 65, Anm. 136, § 8 Anm. 167.

233) Nikisch, Arbeitsrecht III, S. 418.

234) D.h., es werden auch kriminelle Delikte von der Betriebsjustiz erfaßt, die wie im Disziplinarrecht die eigentliche Problematik ausmachen.

235) So die ganz h.L.; Nikisch, a.a.O., S. 417; Sieg, RdA 54, 361; Koch, BB 54, 565; Gaul, Betrieb 65, 666; Herbst, BB 65, 420; Meyer-Cording, a.a.O., S. 226; Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1378; a.M. Baur, JZ 65, 165 f.; Schnorr v. Carolsfeld, LB des Arbeitsrechts, S. 309.

236) Vgl. dazu Dietz, Anm. 34 zu § 56 BetrVG; Erdmann, Anm. 21 zu § 56 BetrVG; Hueck-Nipperdey, LB II/2, S. 1375; Neumann-Duesberg, LB des Arbeitsrechts, S. 491; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, Anm. 38 zu § 56 BetrVG. Str. ist, ob auch eine tarifvertragliche Bestimmung genügt.

237) Vgl. Arndt, a.a.O.; Baur, a.a.O.; Halberstadt, a.a.O., S. 63.

wie z.B. der Verrat von Betriebsgeheimnissen, die Betriebsordnung ganz erheblich gestört werden kann, besteht für diese Einengung kein Grund, es sei denn, daß man überhaupt die Betriebsordnung rein formal auffaßt. Die Gruppendisziplin,[238] die auch soziologische Grundlage der Betriebsjustiz ist, kann aber nicht auf bestimmte Pflichtverletzungen beschränkt werden.[239] Die Unterscheidung zum Strafrecht hat daher auch primär bei der Rechtsfolge einzusetzen.

Somit verringert sich der Unterschied im Verhältnis der Betriebsjustiz zum Disziplinarrecht auf den Gesichtspunkt des fehlenden Erziehungsanspruchs des Arbeitgebers, begründet durch das grundsätzliche Gleichordnungsverhältnis im Arbeitsvertrag. Das Subjektionsverhältnis im Beamtenverhältnis kann und darf aber einen Erziehungsanspruch des Dienstherrn nicht rechtfertigen; denn mit dem gleichen Recht ließe sich aus dem allgemeinen Subjektionsverhältnis, in dem sich der Bürger zum Staat befindet, ein politisches Erziehungsrecht für politische Überzeugungstäter herleiten.

Disziplinarrecht und Betriebsjustiz sind Ausfluß des Gedankens, daß ein bestimmter, von der Rechtsordnung anerkannter Institutionszweck nur durch eine mit Zwang durchsetzbare Gruppendisziplin realisierbar ist. Betriebszweck, Betriebsordnung und Gruppendisziplin sind daher die tragenden Elemente der Rechtfertigung und des Wesens des Disziplinarrechts.[240]

---

238) S.o. § 7 Anm. 89.

239) S.a. Mayer-Cording, a.a.O., S. 228; und Kienapfel, a.a.O., S. 503.

240) Zur soziologischen Entwicklung der Ausbildung von Recht und Zwang im Zusammenhang mit gewollt gemeinsamem Gruppenverhalten Ehrlich, Grundzüge der Soziologie des Rechts, S. 8 ff., 22 ff., 94 ff., 124 ff., und Gurvitsch, Grundzüge der Soziologie des Rechts, S. 58 ff., 131, 165 ff., 199 f.

4. Kapitel

DER BEGRIFF DES DISZIPLINARRECHTS UND SEINE VERFASSUNGSRECHTLICHE ABSICHERUNG

§ 9
Abgrenzung des Disziplinarrechts von anderen Rechtsgebieten

I. Disziplinarrecht und Strafrecht

a) Die Tatbestandsseite

1. Kritik an der herrschenden Lehre: Die überwiegende Auffassung in der Disziplinarrechtsliteratur[1] und die Rechtsprechung,[2] insbesondere auch die des Bundesverfassungsgerichts,[3] geht bei der dogmatischen Erfassung des Disziplinarrechts auf der Tatbestandsseite über die Feststellung einer bloßen Dienstpflichtverletzung hinaus, um das entscheidende Kriterium in der Verletzung der staatspolitischen Stellung des Beamten im Staate zu sehen,[4] wobei die Verletzung dieses "Rechtsgutes" im Gegensatz zum Kriminal-

1) Vgl. Behnke, BDO, S. 53 ff.; Schütz, Disziplinarrecht, S. 71; Lindgen I, S. 1 f.

2) BDHE 1, 47; 2, 77 f.; 115; 3,43; 5, 23 f.; BayVerfGH i. VerwRspr. 12, 515.

3) BVerfG i. NJW 67, 1656 = BVerfGE 21, 404.

4) Besonders klar bei Schütz, a.a.O.; Behnke, a.a.O., u. Reuß, DVBl. 63, 161.

verbrechen keinen ethischen Akzent haben soll.[5] Daß hierbei der Begriff der Ethik als Rechtsbegriff im Sinne einer Sozialethik zu verstehen ist,[6] dürfte evident sein; denn das Recht steht mit den sozialen Gegebenheiten, das es regeln will, in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis.[7]

Ethik aber in diesem Sinne verstanden, enthält jeder rechtliche Sollenssatz, insbesondere aber die Forderung, welche die bisherige hohe Integrität des Beamtentums aus staatspolitischer Sicht an den einzelnen Beamten stellt, handelt es sich doch durch ihre verfassungsrechtliche Verankerung in Art. 33 Abs. V GG um eine Fundamentalnorm unserer Verfassung, die zudem auch durch die besonderen Beamtendelikte strafrechtlichen Schutz genießt.[8] Schon aus dieser systemimmanenten Kritik heraus ergibt sich kein wesentlicher Unterschied zum Strafrecht.

Darüber hinaus ist die Voraussetzung, von der die herrschende Lehre ausgeht, daß das Verbrechen einen überwiegend ethischen Bezug habe, unrichtig. Es ist in der Strafrechtsliteratur anerkannt, daß zwar das sog. Kernstrafrecht, das den Schutz der Individualrechtsgüter, wie Leben, Gesundheit, Freiheit und Vermögen, bezweckt, ethischer Herkunft ist, daß aber der Staat jede rechtlich relevante sozialschädigende Handlung mit Strafe bedrohen kann, ohne Rücksicht auf

---

5) Obwohl Eb. Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 104 ff. meint, man könne dem Disziplinarrecht den Sühnegedanken grundsätzlich als wesensbestimmend nicht vindizieren, kommt er dennoch zu einer Wesensverschiedenheit im Verhältnis zum Strafrecht, indem er dem Strafrecht einen anderen ethischen Gehalt zuerkennt; im Ergebnis ebs. die h.L.; vgl. aber Behnke, a.a.O., S. 56.

6) Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 4. Aufl. 1954, S. 374 ff.; vgl. auch Mezger i. LK, Einl. I 3 z. StGB, wo es heißt: "Alles Recht ist ein Teilgebiet der Sozialethik."

7) Dahm, Deutsches Recht, S. 11.

8) Maurach, Strafrecht Bes.T., S. 740; Schönke-Schröder, Rdnr. 1 i. Vorb. zu § 331 StGB.

ihren ethischen Bezug,[9] allerdings unter Einhaltung der Verfassung (hier insbesondere des Übermaßverbotes).

Wie zweifelhaft gerade der Unrechtsgehalt im Sinne eines unnormierten Verbrechensbegriffes aus ethischer Sicht bei den Staatsschutzdelikten ist, zeigt die Diskussion um die Strafrechtsreform.[10] Der ethische Gehalt einer Norm mag daher für die Entstehung des Strafrechts relevant gewesen sein, ob er auch begriffswesentlich dafür war, darf aber bereits angezweifelt werden; denn die Strafe als Unrechtsfolge hatte schon in der frühesten Rechtsgeschichte neben ihrer sakralen Funktion Zwangscharakter zur Durchsetzung einer Verhaltensnorm.[11]

Der Begriff der Sozialethik als Abgrenzungskriterium ist auch deshalb ungeeignet, weil letztlich jede Verhaltensnorm, wenn auch nur im Zusammenhang mit anderen, ihren inneren Geltungsanspruch aus ihrem sozialethischen Gehalt gewinnt.[12] Eine Doppelbestrafung nach Strafrecht und Disziplinarrecht läßt sich daher mit den Argumenten der herrschenden Lehre nicht rechtfertigen.

---

9) So Maurach AT, S. 30 und 117 f., der hervorhebt, daß es weder ein natürliches noch ein sozialethisch-apriorisches Verbrechen gibt; ebs. Jescheck AT, S. 1 f. u. 5 f., der allerdings zutreffend insofern eine Einschränkung macht, als die Kriminalstrafe in einem Rechtsstaat vom Grundsatz der Erforderlichkeit getragen werden muß; ebs. tritt Baumann AT, S. 7 u. 21 f., einer freien Manipulierbarkeit des Strafrechts mit dem Argument entgegen, das Strafrecht wurzele im sakralen Bereich und habe diese Tendenz auch nie ganz abgelegt. Dennoch erkennt auch er an, daß diese Reminiszenzen für die heutige Strafrechtsdogmatik keine wesentliche Rolle mehr spiele. Demgegenüber legt Welzel, Strafrecht, § 1 I, entsprechend seiner finalen Handlungslehre und dem darauf beruhenden personalen Unrecht das Schwergewicht auf den Abfall von der sozialethischen Gesinnung.

10) So hat es nicht weniger als vier Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch in den Jahren 1962 bis 1968 gegeben; dazu Maurach, Bes.T., S. 552 f.

11) S.o. § 8, Anm. 240.

12) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 138.

2. Eigener Lösungsversuch: Um eine eindeutige Grenzziehung zwischen diesen beiden Rechtsgebieten vornehmen zu können, muß das Disziplinarrecht von jedem Unrechtsgehalt, der auch in den geschützten Rechtsgütern der Amtsverbrechen anklingt, befreit werden. Das kann grundsätzlich auf zweierlei Weise geschehen, einmal dadurch, daß man den Rechtsgutsbegriff gänzlich aus dem Disziplinarrecht verbannt - denn strafbares Unrecht ist immer auch Rechtsgutsverletzung[13] - oder zum anderen, indem man zwar eine Rechtsgutsverletzung im Disziplinarrecht bejaht, diese aber z.B. durch Beschränkung auf das Funktionieren des internen Verwaltungsablaufs so gestaltet, daß keine Kollision mit einem strafrechtlich geschützten Rechtsgut eintritt.

Der zuletzt beschriebene Weg ist jedoch nur scheinbar zu begehen; denn es wurde bereits hervorgehoben, daß der Staat jede sozialerhebliche Güterverletzung mit der Rechtsfolge der Kriminalstrafe belegen kann, wenn er der Ansicht ist, es handele sich um die Verletzung fundamentaler Regeln menschlichen Zusammenlebens. Ein generischer Unterschied, dessen es zu einer Rechtfertigung der Doppelbestrafung bedarf, würde daraus also nicht erwachsen.

Der zuerst beschriebene Lösungsweg wird von der herrschenden Meinung[14] bei der Abgrenzung des Verwaltungsunrechts

---

13) So die ganz h.L. und die Rspr.; vgl. Maurach AT,S.179; Baumann, S. 8 f.; Jescheck, S. 5 f.; Schönke-Schröder, Rdnr. 21 ff. vor § 1 StGB, jeweils mit weiteren Nachweisen; RGSt 76, 32; BGHSt 2, 368; a.M. Welzel, a.a.O.; BGHSt, a.a.O., stellt ergänzend auch auf die Pflichtverletzung ab.

14) Die Lehre vom Verwaltungsstrafrecht geht auf J. Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, 1902; ders., Deliktsobligationen, 1905, und Frank, ZStrW 18 (1897), 733 ff., zurück. Ausgebaut und rechtsphilosophisch untermauert hat sie E. Wolf i. Festgabe für Reinhard v. Frank, Bd. II, S. 516 ff., durch Einführung der Begriffe "Sozialschaden" und "Verwaltungsschaden". Auf diese Darstellungen greift die heute noch h.L. zurück; vgl. Eb. Schmidt, SJZ 48, 225; 49, 665; ders., Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 21 ff.; JZ 51, 101; Maurach, AT, S. 12 ff.; Lange, GA 53, 3; ders. i. JZ 56, 78, 519,

(Fortsetzung)

vom Strafrecht beschritten. In entsprechender Anwendung dieser Grundsätze würde sich hinsichtlich des Disziplinarrechts ergeben, daß die Dienstpflichtverletzung keine unmittelbare Rechtsgutsbeeinträchtigung beinhaltet, sondern lediglich Reaktion auf den Ungehorsam, besser auf die Pflichtwidrigkeit des Beamten darstellt. Diese Lösung hat zudem noch den Wortlaut des § 77 BBG für sich, der gleichfalls nur auf die Verletzung der Beamtenpflichten abstellt. Daß dahinter die ratio steht, zunächst den internen Dienstbetrieb, dann aber auch die Integrität des Berufsbeamtentums nach außen zu wahren, leuchtet ein; diese Interessen sind jedoch nur mittelbar angesprochen, sie sind gesetzgeberische Intention, nicht aber konkret geschützte Rechtsgüter. Dies geht auch daraus hervor, daß es auf eine tatsächliche Beeinträchtigung des Dienstbetriebes oder der Integrität des Beamtentums nicht ankommt. Geahndet wird also der bloße Verstoß gegen die Dienstpflichten wegen seiner generellen Gefährdung der im Grundtatbestand mittelbar angesprochenen Interessen, wobei von diesen wiederum die Integrität des Berufsbeamtentums wegen ihrer Konkurrenz mit den in den Amtsdelikten geschützten Rechtsgütern in den Hintergrund zu treten hat, wie bereits oben dargelegt.

Da sich Verwaltungs- und Kriminalstrafe im Gegensatz zur Disziplinarstrafe in einem Verhältnis exklusiver Alternati-

---

(Fortsetzung)

... 521; Haertel-Joël-Schmidt, Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz), Heidelberg 1949, S. 16; Jagusch i. LK, vor § 13 StGB, Anm. B III 1; Rotberg, OWiG, S. 45; Schönke-Schröder, Rdnr. 31 vor § 13 StGB; Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1950, S. 184 ff., 188. In der Großen Strafrechtskommission war man sich weitgehend über einen qualitativen Unterschied einig, konnte ihn jedoch nicht übereinstimmend definieren; vgl. Niederschriften, Bd. I, S. 84 ff.

vität[15] zueinander befinden, ist das Bedürfnis einer dogmatischen Disjunktion auch auf der Unrechtsseite zwischen Disziplinarrecht und Strafrecht noch weit größer.[16] Zuzustimmen ist der Kritik an der herrschenden Lehre,[17] soweit sie eine Unterscheidung des Verwaltungsunrechts vom Strafrecht aus sozialethischer Sicht ablehnt,[18] wie dies anfangs von den Begründern der Lehre vom Verwaltungsunrecht, aber auch noch von Eb. SCHMIDT[19] und anderen Autoren,[20]

---

15) Maurach, AT, S. 13.

16) A.M. Maurach, AT, S. 12 f., der die Abgrenzung des Disziplinarrechts vom Strafrecht im Gegensatz zum Verwaltungsunrecht allein von der Rechtsfolge her vornehmen will.

17) H. Mayer, a.a.O., S. 47; Baumann, AT, S. 28; Welzel, JZ 56, 240; ders., JZ 57, 130 ff.; anders allerdings ders. i. Niederschriften I, S. 87; Bockelmann, ZStrW 66, 124; ders. i. ZStrW 70, 654; ders. i. Niederschriften I, S. 307, anders jedoch i. JZ 51, 497; Jescheck, JZ 59, 460 f.; ders., LB, S. 36 f., der wie Sax i. Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 919 ff., mit Bespr. von Spanner, VerwArch. 51, 171, der auf den Gedanken der Strafwürdigkeit abstellt; von einem geringeren Unrechtsgehalt geht auch BVerfGE 22, 78, 81 = NJW 67, 1219, aus.

18) Jescheck i. Niederschriften I, S. 298; ders. i. JZ 59, 461; ders., LB, S. 37; H. Mayer, a.a.O., § 11 V 2; Welzel, JZ 57, 132; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1958, S. 166, Anm. 33; Schlegtendahl, Tatbestand, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei den Ordnungswidrigkeiten, Freiburger Diss. 1957, S. 45 f.; Hans Peters, Verwaltungsrecht, S. 166, Anm. 2; vgl. auch Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung, Ausg. Deussen, Bd. I, S. 407, der den Staat als "Anstalt zur Beförderung der Moralität" verurteilt.

19) Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 873; ders. i. ZStrW 69, 362.

20) R. Lange, JZ 56, 79; Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, S. 187; Niese, ZStrW 70, 353; Kohlhaas bei Erbs, Strafrechtliche Nebengesetze, O 187, Vorb. 5; Schönke-Schröder, Rdnr. 31 vor § 13 StGB; Stoecker, MDR 52, 385; Wimmer, NJW 57, 1171; Gallas i. Niederschriften I, S. 87; Baldus, ebd., S. 85; Staff, ebd., S. 88; Roeder, Schuld und Irrtum um Justiz- und Verwaltungsstrafrecht, Breslau 1938, S. 133; KMR, Einl. 4 a) zur StPO; Henkel, Strafverfahrensrecht, § IV 2 c); Karl Peters, Strafprozeß, § 5 V; Dreher, Anm. 1 B vor § 360 StGB; Rotberg, a.a.O., S. 45; vgl. auch BGHSt 11, 263 f.

versucht wurde; denn das sozialethische Unwerturteil trifft der Gesetzgeber über ein bestimmtes Verhalten durch die Androhung der Strafe als Rechtsfolge, da nicht allen Straftatbeständen der sozialethische Unrechtsgehalt im Sinne eines naturrechtlichen Denkens immanent ist. Darüber hinaus sind auch Verwaltungsunrecht und Dienstvergehen sozialschädlich und daher sozialethisch verwerflich.[21)]

Als entscheidender Gesichtspunkt für die Lösung bleibt daher der Begriff des Rechtsgutes, dessen Brauchbarkeit allerdings auch aus zwei Gründen angezweifelt wird. Dieser Streitfrage liegt die alte Kontroverse zugrunde, ob der Aktunwert oder der Erfolgsunwert, ob der Pflichtverstoß als solcher oder die Rechtsgutsverletzung das entscheidende strafrechtliche Unrecht ausmachen. Naturgemäß kann diese Frage nur gestreift werden.[22)]

Festgestellt sei, daß der ganze Unrechtsgehalt einer Tat nur durch den Grad der Sozialschädlichkeit in Form der Rechtsgutsverletzung und den Umstand, daß der Täter gegen die Bestimmungsnorm als solche durch sein Handeln im finalen Sinne verstoßen hat, bestimmt wird. Daß das strafrechtliche Unrecht immer neben einer Pflichtverletzung auch zugleich Rechtsgutsverletzung ist, kann heute als ganz überwiegende Meinung bezeichnet werden.

Gegen die Ansicht, daß das Verwaltungsunrecht keine Rechtsgutsverletzung beinhalte, wendet SAX[23)] ein, Ordnungswidrigkeiten seien nur als Rechtsgutsverletzungen rechtsstaatlich begründbar.

---

21) So schreibt Welzel, JZ 57, 132: "Auch in dem Bereich also, in dem das Phänomen eines besonderen Verwaltungsunrechts auftaucht, handelt es sich stets um materiale sozialethische Probleme komplexer Natur."

22) S.o. Anm. 13.

23) Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 922; ders. i. JZ 57, 6; ähnlich Welzel, JZ 56, 240 f.

Diese Meinung verkennt, daß auch der bloße Ungehorsam gegen einen Gesetzesbefehl (seine Legitimität unterstellt) prinzipiell sozialethisch relevant und damit verwerflich ist; denn um Moral handelt es sich nicht nur bei einem Satz mit absoluter ethischer Bestandskraft, sondern auch bei einer Verhaltensnorm, die erst durch gesetzliche Positivierung zu einer sozialethischen Forderung geworden ist. In einem solchen Fall entspringt die Moralforderung dem bloßen Gesetzesbefehl mit seinem Gehorsamsanspruch, zu rechtfertigen aus den Grundvoraussetzungen staatlichen Zusammenlebens.[24)]

Daß objektiv eine Rechtsgutsverletzung, einschließlich der bloßen Gefährdung, zur Rechtfertigung einer staatlichen Sanktion nicht erforderlich ist, zeigt die Behandlung des untauglichen Versuchs in der Rechtsprechung[25)] und herrschenden Lehre sowie die Existenz der abstrakten Gefährdungsdelikte.

Wenn sich die Rechtsfolgen bei pflichtwidrigen Handlungen ohne Rechtsgutsverletzung von denjenigen mit Rechtsgutsverletzungen der Art und Schwere nach unterscheiden, braucht man SAX' Bedenken nicht zu teilen.

Ein anderer Einwand wird gegen die herrschende Lehre dadurch erhoben, daß man anführt, auch das Verwaltungsunrecht enthalte eine Rechtsgutsverletzung, indem es den Ablauf staatlicher Verwaltung störe; und ob ein bestimmtes sozialschädliches Verhalten Verbrechen oder Verwaltungsunrecht sei, könne nur der Gesetzgeber entscheiden, welchen

---

24) So sagt Kant, Metaphysik der Sitten, hrsg. von Vorländer, 1907, S. 22 f., daß Pflichten bloß darum, weil sie Pflichten sind, mit zur Ethik gehören.

25) Schon immer hat die Rspr. hier die subjektive Theorie vertreten; vgl. RGSt 1, 441; BGHSt 1, 16; 2, 76; 3, 255; 4, 200; a.M. in der Literatur heute nur noch, soweit ersichtlich, Spendel i. Stock-Festschrift, S. 89 ff. und Dicke, JuS 68, 157 ff.

Grad der Sozialschädlichkeit das Verhalten habe, einen qualitativen Unterschied gäbe es mithin nicht.[26] Auf den Gedanken der Strafwürdigkeit weisen in diesem Zusammenhang insbesondere SAX[27] und JESCHECK[28] hin. Entsprechend ließe sich argumentieren, das Dienstvergehen verletze immer gleichzeitig ein durch das Disziplinarrecht in seiner Gesamtheit zu schützendes Rechtsgut, es bestehe daher, vom Rechtsgut aus gesehen, zum Strafrecht ein nur quantitativer Unterschied.

Um sich mit dieser Auffassung auseinanderzusetzen, muß auf den Begriff des Rechtsgutes eingegangen werden. Dieses wird heute definiert als ein über einen bloßen Auslegungsbegriff hinausgehendes, den materiellen Gehalt einer strafrechtlichen Norm ausmachendes, rechtlich geschütztes besonderes Gut, an dessen Erhaltung die Gemeinschaft ein Interesse hat und das entweder dem Einzelnen oder der Gemeinschaft zugeordnet werden kann.[29]
Ein solches, für die Gemeinschaft unmittelbar wesentliches Gut ist zweifellos die Integrität der Verwaltung, deren Sicherung das Disziplinarrecht insgesamt im Auge hat.

Das Vertrauen der Öffentlichkeit in diesem Zusammenhang anzuführen, wäre jedoch verfehlt, da ein wesentlicher Teil der Dienstpflichtverletzungen im allgemeinen überhaupt keine relevanten Auswirkungen auf die Öffentlichkeit hat.[30]

---

26) So z.B. Jescheck, AT, S. 37; Sax i. Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 922; Welzel, JZ 56, 240; 57, 122; ferner Guderian, ZStrW 21, 830 f.; Allfeld, Strafrecht AT, S. 97 f.; Gerland, Reichsstrafrecht, S. 107; v. Hippel, Strafrecht, Bd. II, S. 114 f.

27) A.a.O., S. 927; vgl. auch Wimmer, NJW 57, 1172, der von einer "Affinität zum Bösen" spricht, womit nicht das Böse an sich, sondern nur die Sozialschädlichkeit gemeint sein kann.

28) A.a.O.

29) Jescheck, AT, S. 176; Hirschberg, Die Schutzobjekte der Verbrechen speziell untersucht an den Verbrechen gegen den Einzelnen, Breslau 1910, S. 68 ff.; eingehend zur Dogmengeschichte Maurach, AT, S. 179 ff.

30) Insbesondere die Ordnungsverstöße im engeren Sinne, wie Nichteinhaltung der Dienstzeit, Verstöße gegen Bürovorschriften etc.

Es steht dem Gesetzgeber allerdings frei, die Integrität der Verwaltung durch Aufnahme in einen strafrechtlichen Tatbestand zum Rechtsgut zu erklären, wenn er ihr eine solch überragende sozialethische Bedeutung zumißt, daß diese Ausübung des gesetzgeberischen Ermessens auch mit der Verfassung in Einklang zu bringen ist (Übermaßverbot). Hierdurch erfolgt ein Umschlag des nur rechtlich geschützten Interesses in ein strafrechtliches Rechtsgut, was zutreffend bezüglich des Unrechtsgehalts mit quantitativ-qualitativem Unterschied bezeichnet wird,[31] wobei aber zu beachten ist, daß letztlich durch einen Akt des gesetzgeberischen Ermessens das Schwergewicht sich auf das qualitative Element verlagert.

Es läßt sich auch nicht dagegen einwenden, daß zwischen einem bloßen Lebensgut und einem Rechtsgut sachlich kein relevanter Unterschied bestehe, insofern nämlich, als hinter dem Rechtsgut immer das geschützte Interesse zu suchen sei.[32] Eine solche Betrachtung verkennt, daß der Gesetzgeber zugleich mit der Strafdrohung eine Wertentscheidung zugunsten des Rechtsgutes getroffen hat.[33] Daß ferner zwischen zwei qualitativ verschiedenen Rechtsgebieten fließende Verbindungen bestehen, ist in der Rechtswissenschaft eine häufig zu beobachtende Tatsache. Schwierigkeiten der Grenzziehung berechtigen allein noch nicht, ein dogmatisches Gedan-

---

31) Lange, JZ 56, 73 ff.; 57, 23 ff.

32) So jedoch Sax, a.a.O., S. 922.

33) Das Rechtsgut ist mehr als bloßes geschütztes Interesse, es muß, damit es seine Aufgabe bei Wertungskollisionen und Systematisierung der Strafnormen erfüllen kann, einen besonderen, dem Gesetz vorgelagerten, sozialen Sinngehalt haben; Maurach, AT, S. 181; Jescheck, AT, S. 176; Bettiol, ZStrW 72 (1960), S. 285. Nur diejenigen ideellen Werte der Sozialordnung verdienen den strafrechtlichen Begriff des Rechtsgutes, die einen besonders hohen Wertgehalt haben; Maurach, a.a.O., S.180: "Die Rechtsgutseigenschaft eines Interessenkreises gilt um so allgemeiner, je näher er den natürlichen Rechten des Individuums und der Gemeinschaft kommt."

kengebäude einzureißen, wenn ein besseres nicht an seine Stelle gesetzt werden kann.

Aus dieser Betrachtung folgt - und insofern ist die Kritik an der herrschenden Lehre vom Verwaltungsunrecht zutreffend -, daß die Gehorsamsverletzung gegen die Bestimmungsnormen des materiellen Disziplinarrechts, wie auch des Ordnungswidrigkeitenrechts, allein den materiellen Gehalt dieser Rechtsgebiete nicht auszufüllen vermag;[34] das Unrecht der Handlung ist zugleich Aktunwert und Erfolgsunwert, letzterer aber im Unterschied zum Strafrecht lediglich als Interessenverletzung, die sich ausschließlich als Auslegungshilfe darstellt.

Rechtliche Konsequenzen lassen sich aber nur dann aus dieser begrifflichen Differenzierung der Unrechtsseite ziehen, wenn man die Unrechtsfolge in die Gesamtbetrachtung einbezieht, deren Art und Schwere dem unterschiedlichen Unrechtsbegriff adäquat zu sein hat.

b) Kriminal- und Disziplinarstrafe als Unrechtsfolge

1. Kritik an der herrschenden Lehre: Literatur[35] und Rechtsprechung,[36] einschließlich der des Bundesverfassungsgerichts,[37] wollen das Disziplinarrecht vom Strafrecht auf der Rechtsfolgenseite trennen, wobei man glaubt, auch das

---

34) Das liegt schon darin begründet, daß jede echte Norm aus zwei Teilen besteht, der Bestimmungs- und der Bewertungsnorm, wobei die Bewertung eines Verstoßes gegen die Bestimmungsnorm neben dem Aktunwert der Handlung auch den Erfolgsunwert zu umfassen hat. Letzterer liegt beim Verwaltungsunrecht wie beim Disziplinarrecht in einer generellen, abstrakten oder konkreten Gefährdung der staatlichen Verwaltung.

35) S.o. § 1 Anm. 38.

36) S.O. § 1 Anm. 37.

37) BVerfG i. NJW 67, 1652, 1656.

Problem der Doppelbestrafung dadurch lösen zu können, indem sie das Wesen der Kriminalstrafe in ihrer Sühnefunktion sehen, während die Disziplinarstrafe, in die Zukunft gerichtet, den Beamten zu einem ordentlichen Verhalten erziehen soll. Hiergegen lassen sich zusammenfassend folgende Argumente anführen:

aa) Jede Strafe - und die Disziplinarmaßnahme ist jedenfalls in ihrer Form als Geldbuße Strafe im weiteren Sinne[38] - ist vergangenheitsbezogen; denn sie knüpft an einen in der Vergangenheit liegenden schuldhaften Normenverstoß an, auf den sie rechtlich reagiert, mit dem Ziele, den Handelnden durch Zufügung eines zusätzlichen Übels mit der Rechtsordnung zu versöhnen. Daneben bezweckt jede Strafe - und das ist heute auch für die Kriminalstrafe anerkannt[39] - unmittelbar eine Besserung des Täters, da dieser weiterhin in der Gemeinschaft und diese mit ihm leben muß.

---

38) S.o. § 4 2 a) u. b).

39) Vgl. § 13 Abs. I S. 2 StGB. So die heute herrschenden Vereinigungstheorien, indem sie in einem dialektischen Denkprozeß der Überlegung Raum geben, daß jede Strafanwendung immer die Gesamtheit ihrer Funktionen entfaltet und es darauf ankommt, die verschiedenen Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen; vgl. dazu Jescheck, a.a.O., S. 49; Nohl, Die Erziehung, 1926, S. 29 ff.; Roxin, JuS 66, 387; Baumann, a.a.O., S. 1; Dreher, Über die gerechte Strafe, Heidelberg 1947, S. 127 ff.; Maurach, AT, S. 61 f.; Bockelmann i.Ev. Staatslexikon, Stuttgart 1966, S. 2245; Müller-Dietz, Strafbegriff und Strafrechtspflege i. Schriften zum Strafrecht, Bd. 8, Berlin 1968, S. 111 ff.; Welzel, Strafrecht, S. 232 ff.; H. Mayer, Strafrecht, S. 33; Mezger i. Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I, S. 2; v.Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, 1925, S. 487 ff.; ausgehend von Adolf Merkel, Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Straßburg 1899, Bd. I, S. 10 ff.; Bd. II, S. 695 ff. in der Rspr. wird die sog. Rahmentheorie vertreten; vgl. BGHSt 20, 264, 266 f.; 19, 201; s.a. E 1962, Begr. S. 96 u. 181. Im Rahmen der durch die Schuld gezogenen Grenzen kann der Richter auch anderen Strafzwecken Raum geben.

Es ergibt sich somit grundsätzlich in abstracto zwischen Kriminal- und Disziplinarstrafe kein generischer Unterschied, zumal auch die Disziplinarmaßnahme um Unrechtsgehalt des Dienstvergehens aus rechtsstaatlichen Gründen ausgerichtet zu sein hat, eine reine Erziehungsmaßnahme wäre unzulässig.

Dies zeigen auch immer wieder die Urteile in Disziplinarangelegenheiten,[40] in denen letztlich der Grad der Strafwürdigkeit für die Zumessung der Disziplinarstrafe ausschlaggebend ist, wenn auch nur mittelbar über die Ansehensschädigung. Jedenfalls geht auch der Disziplinarrichter bei der Würdigung der Dienstpflichtverletzung, die zugleich eine strafbare Handlung darstellt, vom Straftatbestand aus, der bei den Beamtendelikten eine Prüfung der Vertrauenseinbuße in Form der Ansehensschädigung in der Öffentlichkeit verlangt.

bb) Die herrschende Lehre[41] gewährt dem Dienstherrn ein Erziehungsrecht gegenüber dem Beamten, das nirgendwo expressis verbis[42] normiert ist und systematischen und verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.[43]

Daß das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses zu seiner Rechtfertigung nicht ausreicht, geht aus der Unfähigkeit hervor, den in Art. 20 Abs. III GG normierten Gesetzesvorbehalt außer Kraft zu setzen.[44] Das Spezifische des besonderen

---

40) z.B. BDHE 7, 102; vgl. Behnke, BDO, S. 57.

41) Vgl. statt Vieler Behnke, BDO, S. 56; Lindgen I, S. 1.

42) Darüber hinaus ist wohl auch Art. 33 Abs. V GG zu unbestimmt, um einen so fundamentalen Eingriff in die Persönlichkeit rechtfertigen zu können.

43) S.o. § 7 II b), Anm. 145/147.

44) Darüber hinaus läßt sich die Auffassung vertreten, daß durch das Kodifikationsprinzip im Beamtenrecht von vornherein für das besondere Gewaltverhältnis kein Raum ist.

Gewaltverhältnisses ist heute nur noch darin zu sehen, daß es die Grundrechtsgeltung einschränkt,[45] wobei zu prüfen wäre, ob die Einschränkung nicht bereits unmittelbar aus dem Grundgesetz ohne das verwaltungsrechtliche Institut des besonderen Gewaltverhältnisses herzuleiten ist.[46]

cc) Der herrschenden Lehre kann ferner entgegengehalten werden, daß es ihr nicht gelingt, dem Disziplinarrecht einen einheitlichen Sinn zu geben, indem sie für die einschneidendste und spezifische Disziplinarmaßnahme der Entlassung den Erziehungszweck durch den Reinigungseffekt erweitern muß.[47] Damit fehlt es aber an einem für alle Disziplinarmaßnahmen gültigen einheitlichen Normzweck.

Zudem ist die Eliminierung des Rechtsbrechers aus der Gemeinschaft dem Strafrecht grundsätzlich auch in Form der Todesstrafe sowie der Verbannung bei politischen Verbrechen nicht fremd.

2. Eigener Lösungsversuch:

aa) Als adäquate Sanktion auf eine Unrechtshandlung, die keine Rechtsgutsverletzung im Sinne des strafrechtlichen Rechtsgutsbegriffs darstellt,[48] andererseits aber die staatliche Aufgabenerfüllung in der Verwaltung stört und formell gegen einen Gesetzesbefehl verstößt, muß die Disziplinar-

---

45) Dazu Maunz, Staatsrecht, S. 134 f., der das Problem unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsverzichts betrachtet und einen freiwilligen Verzicht allenfalls bei bestimmten Staatsgrundrechten zulassen will.

46) Zu denken wäre an eine unmittelbare Herleitung aus Art. 33 Abs. V GG, also nicht über das besondere Gewaltverhältnis oder aus Art. 2 Abs. I GG mit Hilfe der Immanenztheorie, da das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit seinen speziellen Folgerechten wohl das einzige Grundrecht ist, das im Beamtenrecht keine volle Geltung hat.

47) S.o. § 7 II b).

48) S.o. § 9 I a) 2.

maßnahme grundsätzlich drei Forderungen erfüllen. Sie darf ihrerseits kein wesentliches Rechtsgut des Beamten beeinträchtigen, sie muß die Funktionen des Beamten in der Verwaltung berücksichtigen und derart umgestalten, daß eine weitere Störung verhindert wird, wobei auch die beruflichen Fähigkeiten des Beamten einzugehen ist,[49] und sie muß dem Grundsatz der Effizienz genügen. Die letzte Forderung ist eine Konsequenz des formellen Normverstoßes, dem Ungehorsam gegenüber dem Gesetz, und soll der Durchsetzung der Beamtenpflichten dienen.

Den beiden zuerst genannten Attributen einer Disziplinarmaßnahme würde am ehesten eine rein verwaltungsbezogene Maßnahme gegen den Beamten entsprechen, die ausschließlich seinen Beamtenstatus berührt und jedes strafähnlichen Charakters entblößt würde, insofern nämlich, als sie keine hoheitlich ausgesprochene und nach den gesetzlichen Vorschriften wegen einer begangenen Tat verhängte, als solche bezweckte, Rechtsschmälerung enthielte. Das Problem der Doppelbestrafung könnte auf diese Weise einer dogmatischen Lösung zugeführt werden; denn Entlassung, Verwarnung, Versetzung in ein anderes, gleichartiges oder niedrigeres Amt aus dienstlichen Gründen besitzen auch nicht die entfernteste Gemeinsamkeit mit einer Kriminalstrafe.[50] Überdies stehen sie in

---

49) Der Beamte soll als nützliches Glied der engeren Gemeinschaft seinen Eigenschaften und Fähigkeiten entsprechend eingesetzt werden; hierauf hat er ein Recht aus Art. 33 Abs. V GG (Fürsorgepflicht des Dienstherrn), unbeschadet der Tatsache, daß auf ein bestimmtes Amt kein Anspruch besteht. Auch hieraus ergibt sich der Vorrang einer statusverändernden Maßnahme gegenüber einer Strafe.

50) Dies ergibt sich im wesentlichen aus dem elementaren Unterschied von Maßnahme und Strafe (s.o. § 4 II a) u. b) sowie unten § 9 I b) 2. aa)), dagegen nicht so sehr aus dem Unterschied zwischen besonderer und allgemeiner Sozialwertigkeit; denn die berufliche Wertschätzung ist der wesentliche Teil der allgemeinen Sozialwertigkeit. Das BVerfG sieht allerdings das Charakteristische der Kriminalstrafe in der mit ihr verbundenen Einbuße an individueller Wertschätzung; vgl. BVerfGE 9, 171; 22, 79 f.

einer unmittelbaren Beziehung zur besonderen Pflichtenstellung des Beamten, die allein das Institut des Disziplinarrechts in toto zu rechtfertigen vermag. Ob diese Maßnahmen allerdings dem Grundsatz der Effizienz[51] genügen, mag angezweifelt werden, wäre aber durch einen Versuch zu überprüfen.

In diesem Zusammenhang ist auf das Schuldisziplinarrecht zu verweisen, das auf Geldbußen wegen der Vermögenslage der Schüler, die abhängig ist von derjenigen der Eltern, die aber nicht bestraft werden sollen, zu verzichten hat.[52] Außerdem ist zu beachten, daß der Beamte sich freiwillig dem Staat zur Verfügung gestellt hat, ein Appell an seine berufliche Ehre und seinen beruflichen Ehrgeiz vermag eher zum Ziele zu führen, als das Mittel der Strafe, das allerdings in besonderen Pflichtverhältnissen, die auf der Grundlage der "Zwangsgemeinschaft" bestehen, durchaus eine Rechtfertigung finden kann, weil es eventuell das einzige effektive Mittel zur Durchführung des Institutionszweckes ist.

In diesem Zusammenhang ist auch noch darauf hinzuweisen, daß das Beamtenrecht der EWG die Geldbuße als Disziplinarmaßnahme nicht kennt, sondern ausschließlich Regelungsmaß-

---

51) Es handelt sich keineswegs um ein essentielles Merkmal des Rechts, wie die Existenz des Völkerrechts beweist.

52) Gewohnheitsrechtlich hat sich ein Katalog von "Schulstrafen" herausgebildet, der in allen Schulordnungen mit geringfügigen Abweichungen wiederkehrt (Warnung, Tadel, Verweis mit Eintragung, Überweisung in eine Parallelklasse, Androhung der Entlassung und Entlassung). Alle Rechtsfolgen haben Maßnahmecharakter, da sie auf ein konkretes Rechtsverhältnis unmittelbar einwirken, sie stellen kein zusätzliches, als solches gewolltes, Übel dar; vgl. zum Schuldisziplinarrecht Heckel-Seipp, Schulrechtskunde, 1960, S. 311 ff.; anders jedoch z.T. der Katalog nach der BayVSO; vgl. Seipp-Kessler, Schulrecht, III B I, S. 227.

nahmen enthält.[53] Eine mögliche Erklärung für diese Tatsache mag sein, daß das europäische Ausland das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses, das Grundlage des Disziplinarrechts in der Bundesrepublik ist, nicht kennt.[54]

Demgegenüber mag das Mittel der Geldbuße prima vista den Vorzug der größeren Effektivität zu besitzen, von der Geldstrafe läßt sie sich allenfalls aber nur durch ihre Höhe unterscheiden, weshalb sie einer Lösung unseres Problems entgegensteht.[55]

Falls man glaubt, auf sie nicht verzichten zu können, so dürfte sie doch dann nicht ausgesprochen werden, wenn eine strafrechtliche Verurteilung wegen derselben Handlung wie auch immer erfolgt ist oder zu erwarten steht. Eine Anrechnung der Geldstrafe auf die zu verhängende Geldbuße wäre verfehlt, da die Ermittlung der Höhe der disziplinarisch verwirkten Geldbuße durch Differenzbildung wegen sachlich und rechtlich nicht identischer Normzwecke Schwierigkeit bereitet.

Der Strafrichter würdigt das Verhalten umfassender, eine Heraustrennung rein disziplinarrechtlicher Gesichtspunkte aus den Strafzumessungsgründen ist unmöglich. Es würde ferner dadurch in allen Fällen die Durchführung des Strafverfahrens abgewartet werden müssen, was zu Unzulänglichkeiten führen kann, wenn das Strafverfahren sich über einen längeren Zeitraum erstreckt, andererseits aber ein dienstliches Interesse an einer beschleunigten Durchführung des Disziplinarverfahrens besteht.

---

53) Gem. Art. 86 Nr. 2 des Statuts der Beamten der EWG und der Euratom: schriftliche Verwarnung, Verweis, zeitweiliges Versagen des Aufsteigens in den Dienstaltersstufen, Einstufung in eine niedrigere Dienstaltersstufe, Einstufung in eine niedrigere Besoldungsgruppe, Entfernung aus dem Dienst, Aberkennung des Ruhegehalts (darf sich nicht auf Dritte auswirken, die Unterhaltsansprüche gegen den Beamten haben); vgl. dazu Holtz, Hdb. des Europäischen Dienstrechts (Losebl.), S. 502

54) Zur Rechtsvergleichung s. Malz, ZBR 60, 37 ff.; Clemens, Der Europäische Beamte und sein Disziplinarrecht, Leiden 1962.

55) Gegen BVerfG a.a.O. läßt sich anführen, daß das Unwerturteil ein Element der Tatschuld, nicht der verwirkten Strafe ist; s.a. Cordier, NJW 67, 2143.

Es gibt auch keinen einsichtigen Grund, der neben einer Geldstrafe noch eine Geldbuße rechtfertigen könnte, handelt es sich doch im überschneidenden Bereich um die Verletzung ein und derselben Rechtspflicht,[56] die lediglich mehrfach rechtlich begründet ist, dieser Gesichtspunkt wird von der herrschenden Lehre nicht genügend beachtet.

Es ergeben sich somit die beiden Lösungsmöglichkeiten der echten Disziplinarmaßnahme im streng verwaltungsrechtlichen Sinne und die Möglichkeit des Nebeneinanders von Disziplinar- und Kriminalstrafe, nur nach einer fraglichen Zweckstatuierung unterschieden. Den Vorzug einer dogmatisch konsequenten und in sich geschlossenen Begriffsbildung dürfte die hier vertretene Ansicht von der Disziplinarmaßnahme als dienstordnender Statusveränderung haben, zudem ist sie auch praktikabler, weil auf strafrechtliche Vorgänge bei der Findung der geeigneten Disziplinarmaßnahme keine Rücksicht mehr zu nehmen ist.[57]

Diese Auffassung vom Wesen des Disziplinarrechts kann man als die streng verwaltungsrechtliche bezeichnen, da sie im

---

56) Die Pflicht aus § 54 S. 3 BBG ist weitgehend als diejenige aus §§ 331 ff. StGB. Soweit es sich jedoch um Bestechung handelt, liegt Pflichtenidentität vor; vgl. zum Problem der Pflichtenidentität bei mehrfacher Rechtsgrundlage Larenz, Methodenlehre, S. 206. Die Pflicht zu beamtenwürdigem Verhalten beinhaltet notwendigerweise einen wesentlichen Teil der allgemeinen strafrechtlich geschützten Gebote und Verbote, soweit sie dienstlich von Belang sind. Es handelt sich also um das Bild zweier sich schneidender Kreise.

57) Soweit ersichtlich, ist dieser Lösungsweg in der Literatur noch nicht beschritten worden, wenn auch Baumann, JZ 67, 658, ein Nebeneinander von Geldstrafe und Geldbuße für unzulässig hält und die hier vertretene Auffassung bei Finger anklingt, wenn er in ZBR 64, 10 die Disziplinarmaßnahme durch die Ordnungsmaßnahme ersetzen will und in ZBR 66, 47 im Disziplinarverfahren ein verwaltungsrechtliches Verfahren zur Verhängung einer Maßnahme zur Wahrung der Dienstordnung sieht; ähnlich auch Werner i. Festschrift zum 150-jährigen Bestehen des Carl Heymann-Verlages, S. 125.

Gegensatz zu der herrschenden Meinung, die ausschließlich auf den verwaltungsbezogenen Zweck abstellt, das entscheidende Gewicht auf das Mittel der Disziplinierung bei natürlicher Betrachtungsweise legt. Ihre Folge ist die vollständige Integration des Disziplinarrechts in das Beamtenrecht.

Zugrunde liegt ihr einmal die in der Strafrechtsliteratur entwickelte Unterscheidung von Strafe und Maßnahme und zum anderen die Lehre vom Verwaltungsakt.

bb) In den Maßnahmen der Sicherung und Besserung[58] begegnen wir einem Rechtsfolgetypus des Strafrechts, dem folgende Momente eigentümlich sind:[59]

1) Die Maßnahmen der Sicherung und Besserung sind keine Strafen, da keine zusätzliche reine Übelzufügung, sondern Regelung des Grundverhältnisses zwischen Individuum und Staat, das bei der Strafe unberührt bleibt, außer bei der Todesstrafe und der lebenslänglichen Freiheitsstrafe;[60] denn mit Abbüßung der Strafe tritt der Verurteilte wieder als vollwertiges Rechtssubjekt in die Gemeinschaft ein. Daraus folgt:

2) Maßgebend ist die Person, nicht die Tat.[61] Diese gibt nur ein Indiz für die Beurteilung der Person.

3) Sie ist rein prophylaktisch ausgerichtet.[62]

---

58) "Besserung" interessiert die Rechtsordnung nur als künftige Sicherung der Gesellschaft; Maurach, AT, S. 750. Der Staat kann auch nur hoffen, daß sich der Rechtsbrecher bessert, er kann ihm seine Hilfe anbieten, der Rechtsbrecher ist jedoch frei in seinem Entschluß, diese Hilfe anzunehmen oder nicht.

59) Vgl. dazu Maurach, AT, S. 748 ff.; Jescheck, AT, S.54 ff.

60) In ihnen begegnen sich der Sühnegedanke und der Sicherungseffekt zu einer Synthese.

61) Jescheck, a.a.O., S. 58.

62) Maurach, a.a.O., S. 749; Jescheck, a.a.O.

4) Es kommt daher grundsätzlich nicht auf ein Verschulden an,[63] andererseits ist auch das Verschulden als gesetzliche Voraussetzung denkbar.[64]

5) Die Rechtfertigung erfolgt aus den Grundthesen der Lehre von der "défense sociale".[65]

Alle diese Merkmale sind prinzipiell auch auf das Disziplinarrecht übertragbar, mit dem Unterschied, daß es sich hier um das interne Verhältnis zwischen Beamten und Dienstherrn handelt und außerdem nicht um die Sicherung und Besserung eines Rechtsbrechers, sondern um die Regelung eines Dienstverhältnisses. Die wesentliche Übereinstimmung wird dadurch begründet, daß es sich in beiden Fällen um die Regelung eines "Grundverhältnisses" handelt.

An einem Beispiel sei der Unterschied zur Strafe verdeutlicht. Die Versetzung aus dienstlichen Gründen,[66] weil der Beamte an seinem dienstlichen Wohnsitz erheblich an auctoritas eingebüßt hat, berührt das Beamtenverhältnis in seinem Fundament, sie ist Regelungsmaßnahme und keine Übelzufügung; anders die Geldbuße, sie läßt das Beamtenverhältnis als solches unberührt. Die Versetzung ist rein personenbezogen, die Geldbuße (Buße für ein bestimmtes Fehlverhalten) nicht. Die Versetzung wirkt rein prophylaktisch, die Geldbuße nicht (sie ist primär Reaktion, wie ihr Name schon sagt). Die Versetzung kann grundsätzlich auch nach einer schuldlosen Pflichtverletzung aus dienstlichen Gründen ausgesprochen werden, die Geldbuße niemals. Die Versetzung rechtfertigt sich

---

63) Vgl. § 42 b) StGB.

64) Vgl. einerseits § 42 b), andererseits § 42 c) StGB; dazu Maurach, a.a.O., S. 754 f., 756.

65) Darüber Jeschek, S. 48, und Maurach, AT, S. 48.

66) §§ 26 BBG, 10 BDO. Über den Wechsel der Dienstbehörde hat immer ausschließlich der Dienstherr kraft seiner Personalhoheit zu entscheiden; vgl. Behnke, Anm. 11 zu § 10 BDO.

nur aus dienstlichen Erfordernissen (die engere Gemeinschaft trifft Abwehrmaßnahmen gegen einen Störer ihrer internen Ordnung), die Geldbuße ist auch dann sachlich gerechtfertigt, wenn dienstliche Interessen nicht verletzt sind, sie ist allein als Reaktion auf ein normwidriges Verhalten begründbar.

cc) Das Merkmal der Regelung, das hier als typisch für die Disziplinarmaßnahme erkannt wurde, macht auch das Wesen des Verwaltungsakts aus.[67] Zwar ist auch die Verhängung einer Geldbuße unmittelbare Regelung im weiteren Sinne und damit Verwaltungsakt, es läßt sich aber ein Unterschied zur Versetzung feststellen, einmal vom besonderen Gewaltverhältnis abgesehen. Während die Festsetzung der Geldbuße eine Pflicht neu begründet, ändert die Versetzung lediglich ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis. Dies ist auch der maßgebliche Unterschied zwischen Strafe und Regelungsmaßnahme, er ist derselbe wie derjenige zwischen Verpflichtung und Verfügung. Während die Verpflichtung zivilrechtlich ein Recht neu begründet, gestaltet die Verfügung das Recht um oder bringt es zum Erlöschen. Dasselbe gilt auch im übertragenden Sinne für ein ganzes Rechtsverhältnis.

II. Disziplinarrecht und Verwaltungsunrecht

a) Gemeinsamkeiten

Bisher steht noch der Nachweis aus, warum das Institut des Verwaltungsstrafrechts (Ordnungswidrigkeitenrecht) als Denkmodell auf das Disziplinarrecht im Prinzip angewendet werden kann.
Auszugehen ist von der Tendenz und der Zielsetzung beider Rechtsgebiete. Gemeinsamkeiten bestehen insofern, als Disziplinarrecht und Verwaltungsunrecht eine Lösung vom Kriminalrecht anstreben, in dem beide historisch wurzeln.[68]

---

67) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 191 f.

68) Maurach, AT, S. 8 und 11; Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, S. 145 ff.; z.T. a.M. für das Disziplinarrecht K. Behnke, ZBR 63, 257 ff.; dag. Wiese, VerwArch. 1965, S. 213, Anm. 44.

Daß dies nur über die Auseinandersetzung mit dem Rechtsgutsbegriff und der Strafwürdigkeit erfolgen kann, liegt auf der Hand; handelt es sich doch um die Zentralbegriffe des Strafrechts.[69]

Beide Rechtsgebiete bezwecken ferner den Schutz der Funktionsfähigkeit der Verwaltung,[70] wobei sich auch das Disziplinarrecht bisher der Sanktion der Strafe im weiteren Sinne bedient.[71] Dieser Konvergenz ungeachtet, sieht Eb. SCHMIDT[72] das Disziplinarrecht in einer größeren Nähe zum Strafrecht als zum Verwaltungsunrecht, dabei allerdings außer acht lassend, daß sein Kriterium der Berufsethik beim Disziplinarrecht im Gegensatz zum allgemeinen Moralbegriff im Strafrecht nicht schlüssig ist; denn auch das Strafrecht kennt bei den Amtsdelikten neben dem geschützten Rechtsgut

---

69) Schönke-Schröder, Rdnr. 21 vor § 1 StGB; Maurach, AT, S. 179, jeweils mit weiteren Nachweisen.

70) Der Begriff der Verwaltung ist hierbei funktional aufzufassen, aufbauend auf dem organisatorischen Verwaltungsbegriff; dazu Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 16. Daß der Zweck des Disziplinarrechts sich bereits in der vielgebrauchten Formel von der Reinhaltung des Berufsbeamtentums erschöpfen soll (so stellvertretend für Viele Lindgen I, S. 1), kann nicht richtig sein; denn das Beamtentum als solches verdient noch keinen Schutz, nur um seiner Funktion willen ist es verfassungsrechtlich institutionalisiert.

71) So schreibt Maack, Grundlagen des studentischen Disziplinarrechts, S. 90, im Anschluß an Eb. Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 87 ff., und Gerber, DVBl. 55, 484 ff., daß das Disziplinarrecht "ein sich an das Kriminalstrafrecht anschließendes verwaltungsbezogenes Strafrecht von völlig eigener Art" ist; vgl. auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht BVerfGE 9, 169; 20, 333 = NJW 67, 195.

72) A.a.O., S. 97, 99. Während Eb. Schmidt dem Verwaltungsunrecht jeden sittlichen Sinngehalt abspricht, charakterisiert er das Disziplinarrecht berufsethisch unter Einbeziehung der Sühnefunktion; ebs. Schütz, Disziplinarrecht, S. 71, und Maack, a.a.O.

des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Reinheit der Amtsführung den Schutz der besonderen Amtspflichten,[73] die den Kern des "Beamtenethos" ausmachen. Das Disziplinarrecht ist aus diesen Gründen in die dogmatische Nähe zum Verwaltungsunrecht einzureihen.[74]

b) Divergenzen

Während aber das Verwaltungsunrecht einen Angriff auf die staatliche Verwaltung im weiteren Sinne[75] von außen darstellt, will das Disziplinarrecht interne Störungen ahnden, ein Unterschied allerdings, der weniger grundsätzlicher, gegenständlicher Art ist, als vielmehr durch einen unterschiedlichen Täterkreis mit daraus resultierenden verschiedenen Rechtspflichten begründet ist.

Aus dieser Differenz ergibt sich aber eine wichtige Konsequenz für die Rechtsfolgen beider Rechtsgebiete. Dem Ordnungswidrigkeitenrecht steht, da es sich auf das allgemeine Subjektionsverhältnis bezieht, typischerweise die in einem solchen möglichen Sanktionen offen. Demgegenüber wäre es nur folgerichtig, wenn das Disziplinarrecht, das ein besonderes Subjektionsverhältnis regeln will, auch auf die besondere Rechtsstellung des Beamten in diesem zurückgreift.

Während also für das Ordnungswidrigkeitenrecht die Strafe im weiteren Sinne als Rechtsfolge unerläßlich ist und darüber hinaus auch keine Kollision mit dem Kriminalrecht bewirken kann,[76] ist es im Disziplinarrecht gerade umgekehrt.

---

73) BGHSt 2, 238.

74) Dies ist in der Disziplinarrechtsliteratur bisher unbeachtet geblieben, obwohl gerade das Gebiet des Verwaltungsstrafrechts als Denkmodell einer Entkriminalisierungstendenz geeignet wäre, zumal es dogmatisch wesentlich besser durchdrungen ist als das Disziplinarrecht.

75) S.o. Anm. 70. Vgl. neuerdings aber Hans-Dietrich Weiß, Das Dienstvergehen der Beamten, jur.Diss. FU Berlin 1970, S. 110 ff., der im Ergebnis jedoch z.T. abweicht.

76) Vgl. BayObLG i. NJW 55, 760.

Die "Disziplinarstrafe" als verwaltungsinterne Maßnahme, die in das Statusverhältnis des Beamten eingreift, ist nicht nur eine Forderung aus Art. 103 Abs. III GG, sondern ergibt sich auch zwangsweise aus der ihr zugrunde liegenden Unrechtshandlung.

III. Disziplinarrecht und Betriebsjustiz

Auch die Regeln über die Verhängung von Betriebsbußen wollen auf Störungen in einem Sonderrechtsverhältnis durch andere Sanktionen als Schadensersatz und Kündigung reagieren,[77] wobei aber auch hier noch das Mittel der Strafe im weiteren Sinne angewandt wird,[78] obwohl eine Einwirkung auf die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb ebenso möglich wäre wie im Disziplinarrecht. Da aber hier wegen des noch privatrechtlichen Charakters der Strafe keine Kollision mit dem Grundsatz "ne bis in idem" auftreten kann,[79] ist dies in dieser Hinsicht unschädlich. Dennoch gleicht das Disziplinarrecht in seiner Zielsetzung und seiner gegenwärtigen Struktur, ungeachtet der Tatsache, daß es hoheitlich ausgestaltet ist, im Prinzip der Betriebsjustiz.

Man kann sagen, daß das Disziplinarrecht sich vom Verwaltungsunrecht durch ein besonderes Pflichtenverhältnis unterscheidet,[80] das es wiederum mit der Betriebsjustiz gemeinsam hat, von der es sich aber durch die hoheitliche Ausgestaltung unterscheidet.

---

77) Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 303.

78) Vgl. Hueck-Nipperdey, LB III/2, S. 1378.

79) Der Grundsatz stellt in Art. 103 Abs. III GG ein Schutzrecht mit Grundrechtscharakter dar (Holtkotten i. BK, Erl. II 4 c) zu Art. 103 GG). Er gilt daher, auch soweit man in ihm einen allgemeinen Rechtsgrundsatz sieht, nur für hoheitsrechtliche Sanktionen, sowie im Bereich des Verwaltungsprivatrechts.

80) So auch Göhler, Anm. 6 vor § 1 OWiG.

IV. Die Definition des Disziplinarrechts

Das Beamtendisziplinarrecht ist nach allem der Inbegriff der Rechtsnormen, die auf eine verantwortliche Störung besonderer Ordnungsbelange innerhalb der Verwaltung und anderer Verwaltungsinteressen durch einen Beamten, ohne daß eine Rechtsgutsverletzung und damit Strafwürdigkeit vorliegt, mit einem Ordnungsmittel, das die Rechtsstellung des Beamten in dem konkreten Sonderrechtsverhaltnis erfaßt, und der Pflichtwidrigkeit entsprechend durch eine Regelungsmaßnahme verändert oder eine Umgestaltung in Aussicht stellt.

Danach ist bei einer strafbaren Handlung eines Beamten, die zugleich ein Dienstvergehen darstellt, letztere nicht z.B. die passive Bestechung oder die Amtsunterschlagung, sondern die in ihr begründete Verwaltungsstörung, abstrahiert vom Straftatbestand. Aus diesem Grund ist es auch gerechtfertigt, der Dienstpflichtverletzung die Rechtsgutsbeeinträchtigung im strafrechtlichen Sinne abzusprechen.

§ 10

Rechtliche Konsequenzen der dargestellten Reformauffassung

I. Kategorisierung und Systematisierung möglicher Disziplinarmaßnahmen

Die Bundesdisziplinarordnung in der Fassung vom 20. Juli 1967[81] kennt in § 5 folgende "Disziplinarmaßnahmen", wobei man sich darüber im klaren sein muß, daß hierdurch zwar die löbliche Absicht des Gesetzgebers zum Ausdruck gekommen ist, die Sanktionen des Disziplinarrechts auch nominell nicht als Strafen in Erscheinung treten zu lassen,[82] daß aber auf die Geldbuße der Begriff "Maßnahme" nicht paßt:[83]

Verweis, Geldbuße, Gehaltskürzung, Versetzung in ein anderes Amt derselben Laufbahn mit geringerem Endgrundgehalt, Entfernung aus dem Dienst, Kürzung und Aberkennung des Ruhegehalts. Beseitigt wurden Warnung, die begrifflich vom Verweis kaum abzugrenzen ist,[84] Versagung des Aufsteigens im Gehalt und die Einstufung in eine niedrigere Dienstaltersstufe, weil diese Maßnahmen bei einzelnen Beamtengruppen nicht anwendbar waren und auch keine geeigneten "Erziehungsmaßnahmen" darstellten, worüber in der Literatur weitgehend Einigkeit herrschte.[85]

---

81) BGBl. I, S. 751.

82) Vgl. Wodtke, Gesetz zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts, S. 3.

83) Sie ist echte Strafe, wenn auch nicht Kriminalstrafe; s.o. § 9 I b) 2 aa).

84) Wodtke, a.a.O., S. 12; Lindgen I, S. 138 u. Ergänzungsband, S. 16.

85) Finger, ZBR 66, 138; Döring, ZBR 67, 230; Lochbrunner, a.a.O.

a) Der Disziplinarmaßnahmenkatalog

1. Der Verweis

Der Verweis ist der Tadel eines bestimmten Verhaltens des Beamten (§ 6 BDO), der sich gemäß § 6 Abs. II BDO von bloßen mißbilligenden Äußerungen eines Dienstvorgesetzten, die nicht ausdrücklich als Verweis bezeichnet sind, unterscheidet, eingedenk der Tatsache, daß es sich zwar um formlose, sachlich aber zum Disziplinarrecht gehörige, Maßnahmen zur Regelung des Dienstbetriebes handelt, mit der Folge des § 124 BDO.[86] Das entscheidende Abgrenzungskriterium ist daher formeller Art. Inhaltlich besteht wohl kein wesentlicher Unterschied, da beide Sanktionen auf die Masse der geringfügigen Dienstpflichtverletzungen ohne sichtbaren Verwaltungsschaden anzuwenden sind, wobei der Verweis als die formell schwerwiegendere Maßnahme in aller Regel nur im Widerholungsfalle anzuwenden sein dürfte. Die Regelung ist zutreffend und verdient beibehalten zu werden.

2. Geldbuße und Gehaltskürzung

An anderer Stelle wurde bereits ausführlich zum Problem der Geldbuße Stellung genommen,[87] sie begründet eigentlich die Problematik der Doppelbestrafung und ist ersatzlos zu streichen, da sie als Strafe im weiteren Sinne nicht in den Katalog von Dienstordnungsmitteln rein verwaltungsinterner Art paßt. Darüber hinaus ist sie auch entbehrlich; denn die Gehaltskürzung hat die gleiche Wirkung, daß nämlich der Be-

---

86) Diese Bestimmung ist eine Konsequenz der Rspr. des BVerwG; BVerwGE 13, 150; NJW 65, 291; BDHE 6, 13; 7,60; anders noch BDH i. ZBR 61, 388; vgl. ferner Döring, DVBl. 62, 505; Oswald, ZBR 61, 165, 169; a.M. Bochalli, Anm. 2 zu § 172 BBG; Hess. VGH i. DÖV 58, 786; OVG Münster i. NJW 67, 2076. Durch § 124 BDO wird eine entsprechende Maßnahme der Dienstaufsicht jedoch noch nicht zu einer Disziplinarmaßnahme (arg. § 5 BDO); vg. Döring, ZBR 67, 228, 233.

87) S.o. § 9 I b) 2 aa).

amte dort, wo er am empfindlichsten reagiert, eine Einbuße an seinen Rechten erfährt. Während aber die Geldbuße die statusmäßige Stellung des Beamten unberührt läßt, stellt die Gehaltskürzung eine logische Folge auf die sich in der Dienstpflichtverletzung manifestierende geringere Wertigkeit des Beamten als Amtswalter dar; sie vereinigt daher die Wirksamkeit der Geldbuße und die Zweckmäßigkeit einer Ordnungsmaßnahme auf Grund der Personalgewalt des Dienstherrn in sich und hat dazu keinen Strafcharakter.

Anzuwenden ist sie, wenn der Beamte nicht nur mehr als solcher, sondern auch noch in seinem Amt tragbar ist, aber seine Handlung doch schon einen sichtbaren und gravierenden Verwaltungsschaden zur Folge hat und das Vertrauensverhältnis zu seinem Dienstverhältnis gestört ist. Eine Beförderungssperre[88] ist begrifflich notwendig mit der Gehaltskürzung verbunden, da diese eine Reaktion auf das mangelhafte Berufsverständnis des Beamten ist.

Art. 103 Abs. III GG kann hierbei nicht tangiert werden, weil Gehaltskürzung und Beförderungssperre eine Reaktion auf die konkrete Dienstpflichtverletzung sind, sondern auf die sich darin äußernde, wenn auch nur vorübergehende, geringere Tauglichkeit als Beamter. Strafe im weiteren Sinne kann aber immer nur tatbezogen sein, niemals täterbezogen; denn wegen seiner Eigenschaften darf niemand bestraft werden.

3. Die Versetzung in ein Amt derselben Laufbahn mit geringerem Endgrundgehalt

Hier handelt es sich um eine schwere Disziplinarmaßnahme,[89]

---

88) § 10 Abs. III BDO. Da die Beförderungssperre ausschließlich eine Folge der Gehaltskürzung ist, mithin also notwendig akzessorischer Art, wird der Lauf der Sperre durch Unterbrechung der Gehaltskürzung oder deren Aufschub gehemmt; Behnke, Anm. 13 zu § 10 BDO; a.M. Wodtke, a.a.O., Anm. 4 zu § 9 BDO. Die Akzessorietät folgt auch daraus, daß die Beförderungssperre sich unmittelbar aus dem Gesetz als Folge der Gehaltskürzung ergibt.

89) siehe nächste Seite.

die angezeigt ist, wenn das Vertrauensverhältnis des Beamten zu seinem Dienstvorgesetzten aufgehoben ist und dem Vorgesetzten nicht mehr zugemutet werden kann, mit dem Beamten zusammenzuarbeiten, dessen Verwendung aber in einem anderen Amt noch sinnvoll und möglich erscheint, andererseits aber bereits an der Tauglichkeit des Beamten schon ernsthafte Zweifel bestehen.[90]

Zu prüfen ist, ob nicht auch eine Versetzung in ein anderes Amt derselben Laufbahn mit gleichem Endgrundgehalt eingeführt werden sollte. Zu denken ist hierbei vor allem an Fälle "schuldhaft verscherzter auctoritas"[91] des Beamten in der Öffentlichkeit, ohne daß aber seine dienstliche Tauglichkeit durch das Dienstvergehen tangiert wird. Als Beispiel bietet sich an die Lächerlichkeit eines Lehrers in einer kleinen Stadt dadurch, daß ihn seine Frau etwa mit einem seiner Schüler betrügt und er dies nicht, soweit möglich, unterbindet.

Da jedoch mit der angesprochenen Maßnahme die Rechtsstellung des Beamten nicht beeinträchtigt wird; denn seine finanzielle Lage ändert sich sowenig wie die Chance des beruflichen Fortkommens, handelt es sich nicht um eine Disziplinarmaßnahme, sondern um eine rein organisatorische Maßnahme auf Grund der Diensthoheit, auf die das allgemeine Verwaltungsverfahren anwendbar ist.

---

89) Vgl. Lindgen I, S. 61, während Behnke, Anm. 2 zu § 10 BDO, die Versetzung nach § 10 BDO grundsätzlich als organisationsrechtliche Maßnahme auf Grund des § 26 BBG auffassen will. Es liegt jedoch kein Sonderfall des § 26 BBG vor, da die Versetzung nach § 10 BDO unabhängig von der Frage der Rechtseinbuße verhängt werden kann. Sofern man die Grundlage des Disziplinarrechts in der Organisations- und Personalhoheit sieht, was hier vertreten wird, läßt sich allerdings die Versetzung nach § 10 BDO als Ausnahme zu § 26 BBG charakterisieren. Behnke, a.a.O., geht von dieser Voraussetzung jedoch nicht aus.

90) S.o. § 6 II c).

91) So die treffende Formulierung von Dürig i. Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 128 zu Art. 103 Abs. III GG.

4. Die Entfernung aus dem Dienst

Sie ist angezeigt, wenn objektiv eine durch nichts wiedergutzumachender Verwaltungsschaden vorliegt und objektiv das Vertrauensverhältnis nicht nur zum Vorgesetzten, sondern auch zum Dienstherrn dauernd aufgehoben ist, so daß überhaupt eine weitere Verwendung des Beamten untragbar ist.[92)]

5. Die Kürzung des Ruhegehalts

Es erhebt sich zunächst die Frage, ob Disziplinarmaßnahmen gegen Ruhestandsbeamte überhaupt noch eine Existenzberechtigung haben.[93)] Unzweifelhaft stammen solche Sanktionen aus einer Zeit, als dem Berufsbeamtentum noch etwas Elitäres anhaftete. Den Gesinnungsanforderungen des Berufsbeamtentums hatte man zeitlebens treu zu sein, um nicht aus dem Beamtenchor ausgestoßen zu werden.[94)] Es wäre jedoch zu einfach, allein hieraus schon auf eine heute fehlende Rechtfertigung der Disziplinierung von Ruhestandsbeamten zu schließen. Entscheidend ist vielmehr, ob ein Ruhestandsbeamter durch sein Handeln die Interessen seines ehemaligen Dienstherrn schä-

---

92) Demgegenüber stellen Lindgen I, S. 169, und Behnke, Anm. 2 zu § 11 BDO, auf die Aufhebung des Vertrauensverhältnisses zur Behörde ab, soweit nicht die Begriffe Behörde und Dienstherr synonym verwendet werden. Aus dem Zusammenhang mit der Versetzung nach § 10 BDO ist jedoch zu schließen, daß die Entlassung erst dann gerechtfertigt ist, wenn eine Versetzung zu einer anderen Behörde nicht mehr opportun ist. Die Prüfung des Vertrauensverhältnisses erstreckt sich daher über den begrenzten Tätigkeitskreis und das Amt hinaus auf die Eignung als Beamter der betreffenden Laufbahn schlechthin; vgl. auch BDHE 4, 74.

93) Für eine Beseitigung tritt ein Lindgen, DÖD 66, 83, da die Bestrafung des Ruhestandsbeamten gegen den Grundgedanken des Disziplinarrechts verstoße und mit Art. 3 Abs. I GG nicht vereinbar sei, sie sei Sühne und Vergeltung und entstamme nationalsozialistischem Gedankengut.

94) Vgl. o. § 3 I. Gerade die lebenslange Bindung des Beamten an seine Grundpflichten läßt die Vermutung aufkommen, die Maßnahmen gegen den Ruhestandsbeamten wurzeln in einem historisch überkommenen, übersteigerten personalen Treueverhältnis.

digt und einen Verwaltungsschaden verursachen kann. Eine unmittelbare und interne Störung der Verwaltungstätigkeit, wie sie den Dienstpflichtverletzungen eigentümlich ist, scheidet aus, da der Ruhestandsbeamte weder Amtsträger ist, noch auf andere Weise in einen dienstlichen Betrieb integriert ist. Seine Möglichkeiten, "von außen" eine Störung herbeizuführen, sind im wesentlichen nicht größer als die eines Nichtbeamten und daher aus dieser Sicht auch keine Dienstpflichtverletzungen.

Sehr wohl denkbar sind aber Ansehensschädigungen der gesamten Beamtenschaft auch außerhalb moralischer Verfehlungen, die mittelbar auch über das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Amtsführung einen schädigenden Einfluß auf die gesamte Tätigkeit der Verwaltung ausüben. Zu nennen wäre z.B. die Spionagetätigkeit eines hohen Ruhestandsbeamten des Verfassungsschutzes für eine fremde Macht mit dem Ziele, die Sicherheit der BRD zu untergraben (§ 77 Abs. II Nr. 2 BBG). Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, daß der Beamte durch seine langjährigen Dienste einen Anspruch auf Ruhegeld erworben hat (§§ 85, 105 ff. BBG, 63 ff. BRRG), wäre es unbillig, ihm diese Bezüge zu belassen. Wie die arbeitsrechtliche Treuepflicht noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortwirken kann,[95] so gilt dies ganz beson-

---

95) Mit der Erfüllung nach § 362 BGB erlischt nicht das gesamte Schuldverhältnis, sondern nur die Leistungspflicht. Aus § 242 BGB können sich daher noch nachvertragliche Pflichten ergeben; dazu Larenz, Schuldrecht AT, S. 112; RGZ 111, 303; 113, 72; 161, 338; BGHZ 16, 10; BGH i. LM, 2 zu § 362 BGB; BGH i. NJW 62, 2198. Hinter den nachwirkenden Pflichten steht der Gedanke, daß der durch den Vertrag herbeizuführende Erfolg nicht nachträglich wieder vereitelt werden soll, letztlich also der Grundsatz, daß ein "venire contra factum proprium" mit Treu und Glauben unvereinbar ist. Daß mit der Versetzung in den Ruhestand noch nicht alle Rechtsbeziehungen zwischen Beamten und Dienstherrn erloschen sind, zeigen auch die §§ 39, 45 BBG.
Mit der Ersetzung des Ruhegehalts durch die versicherungsrechtliche Lösung des Problems der Altersversorgung bei den Beamten (vgl. dazu Schäfer, DJT 70, O 16, unter Hinweis auf die Schwierigkeiten, die das Alimentationsprin-

(Fortsetzung)

ders für das öffentliche Dienst- und Treueverhältnis, dem schon gemäß der Definition in § 2 Abs. I BBG, § 2 Abs. I BRRG der Grundsatz von Treu und Glauben immanent ist.[96]

(Fortsetzung)

... zip beim Austausch qualifizierter Kräfte mit der Wirtschaft macht) müßten wohl Kürzung und Aberkennung des "Ruhegehalts" ersatzlos entfallen, da der Anspruch des Beamten gegen den Versicherungsträger durch Zahlung der Beiträge erworben wird, nicht dagegen durch Erfüllung der Dienstleistungs- und Treuepflicht gegenüber dem Dienstherrn, wie es nach der gegenwärtigen Regelung noch der Fall ist. "Einwendungen" des Dienstherrn könnte bei der versicherungsrechtlichen Lösung der Versicherungsträger als "Dritter" "ex iure tertii" nicht herleiten (allg. Rechtsgrundsatz).

---

96) Obwohl das Beamtenverhältnis ein Dienst- und Treueverhältnis eigener Art ist (Fischbach I, S. 85), läßt sich die Existenz von beamtenrechtlichen Pflichten eines Ruhestandsbeamten auf den Grundsatz von Treu und Glauben stützen (über seine Geltung im öffentlichen Recht Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 162 ff.), unbeschadet auch der Tatsache, daß das Beamtenverhältnis ein auf Lebenszeit eingegangenes Rechtsverhältnis ist, woraus sich rein formal die Pflichtenstellung ableiten ließe. Es bedarf des Grundsatzes von Treu und Glauben aber, weil die Fortdauer des Rechtsverhältnisses nur den formalen Rahmen abgibt, der ausgefüllt werden muß durch eine besonders begründete, weil andersartige Pflichtenstellung des Ruhestandsbeamten. Während im Vordergrund beim aktiven Beamten die Handlungspflichten stehen, sind für den Ruhestandsbeamten vornehmlich (Ausnahme § 77 Abs. II Nr. 4 BBG) Unterlassungspflichten relevant. Dieser Gegensatz charakterisiert die Rechtsbeziehungen des Ruhestandsbeamten zu seinem Dienstherrn als ein passives Rechtsverhältnis ohne "Leistungspflichten", wenn es erlaubt ist, diesen Begriff in diesem Zusammenhang zu gebrauchen, also vergleichbar der Stellung des Schuldners in einem erfüllten Schuldverhältnis. Der veränderten Rechtsstellung trägt auch § 2 Abs. I Nr. 2 b) BDO i.V.m. § 77 Abs. II BBG Rechnung.

Die Disziplinierung des Ruhestandsbeamten entspricht auch noch der hier vertretenen Auffassung von einer Dienstpflichtverletzung, die einen schuldhaft verursachten, abstrakten Verwaltungsschaden begründen muß, da einerseits dieser mittelbar verursachte Schaden in der Lehre vom Kausalzusammenhang dem unmittelbar verursachten Schaden gleichsteht, wenn er nur der Handlung adäquat ist,[97] andererseits handelt es sich auch um einen internen Verstoß insofern, als es gerade um eine besondere Pflicht des Beamten, nicht um die eines anderen Staatsbürgers, geht.

Kürzung und Aberkennung des Ruhegehalts sind auch keine Strafen im weiteren Sinne, da sie kein zusätzliches Übel darstellen, sondern das alte Übel, nämlich die Verursachung eines fortwirkenden Verwaltungsschadens, zu beseitigen trachten; auch wird der Ruhestandsbeamte nicht als Individuum betroffen.

Die beiden Maßnahmen gegen einen Ruhestandsbeamten sind daher rechtlich zulässig und auch als abgestufte Sanktionen zweckmäßig, soweit man sich der Tatsache bewußt bleibt, daß es sich immer nur um mittelbare Schädigungen handelt, deren Wahrscheinlichkeitsgrad für eine Störung der staatlichen Verwaltungstätigkeit geringer ist. Eine Berufung auf überlieferte Moralvorstellungen ist hier noch weniger angebracht als bei aktiven Beamten.

b) Die Systematik der Disziplinarmaßnahmen

1. In subjektiver Hinsicht: Subjektiv lassen sich die nur gegen eine Ruhestandsbeamten zulässigen Disziplinarmaßnahmen klar von den allgemein zulässigen unterscheiden.[98] So

---

97) Soweit Kausalitätsfragen im Verwaltungsrecht relevant sind, gilt auch dort die Adäquanztheorie; vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 224.

98) Siehe § 5 Abs. II BDO.

ist die Versetzung in ein anderes Amt unmöglich, wiewohl auch der Verweis nur auf einen in den Amtsbetrieb integrierten Beamten paßt, da er Ausdruck eines Untergebenenverhältnisses ist.

Nicht sinnvoll für einen Beamten auf Probe und auf Widerruf sind Entlassung (Widerruf oder Beendigung der Probezeit) und Versetzung in ein Amt derselben Laufbahn mit geringerem Endgrundgehalt, da die Verringerung des Endgrundgehalts nur bei einem Beamten auf Lebenszeit bedeutsam sein kann.

So lassen sich in subjektiver Hinsicht zwei Gruppen von Disziplinarmaßnahmen unterscheiden, die allgemein zulässigen und die besonderen.

2. Verfahrensrechtlich: Hier unterscheidet man ebenfalls zwei Gruppen, solche Disziplinarmaßnahmen, die nur im förmlichen Verfahren verhängt werden können und diejenigen, die auch im nichtförmlichen Verfahren ergehen dürfen (§§ 29 - 32 BDO). Die Disziplinargerichte sind an den ihnen vorbehaltenen Maßnahmenkatalog nicht gebunden (§ 76 Abs. I BDO).

3. Objektiv: Nach der Schwere der Maßnahme ist eine Dreiteilung angebracht. Maßgebliche Gesichtspunkte sind der Grad der Störung der Verwaltung (= Verwaltungsschaden), wobei der Schaden nicht als Vermögensschaden, wenn auch materiell (im Gegensatz zu formal), aufzufassen ist und die Störung bzw. Aufhebung des persönlichen Vertrauensverhältnisses des Vorgesetzten oder des Dienstherrn zum Beamten begreift. Hiernach kann man den Verweis als die leichte Disziplinarmaßnahme, Kürzung der Dienstbezüge und Versetzung als schwere und die Entfernung aus dem Dienst als die schwerste Disziplinarmaßnahme bezeichnen.

Die Zusammenfassung der Kürzung des Gehalts und der Versetzung in eine niedrigere Gehaltsgruppe rechtfertigt sich, obwohl bei der Versetzung das Vertrauensverhältnis zum Vorgesetzten ganz aufgehoben ist, im Gegensatz zu einer bloßen, wenn auch erheblichen Störung desselben bei der Gehaltskür-

zung, weil in beiden Fällen ein reparabler Verwaltungsschaden[99] entstanden ist, was bei der Entlassung nicht mehr der Fall ist und beim Verweis überhaupt von einem meßbaren Verwaltungsschaden nicht die Rede sein kann.

Abschließend sei noch auf eine Regelung hingewiesen, die der nordrhein-westfälische Gesetzgeber nach dem Kriege aufgrund der MRVO Nr. 154 in dem Disziplinarordnungsgesetz vom 20. März 1950[100] vorgesehen hatte. In § 5 DOG erschien statt der Bezeichnung "Dienst- bzw. Disziplinarstrafe" der Begriff "Dienstordnungsmittel", die Geldbuße war beseitigt. Hier wurde zum ersten Male der Weg einer vollständigen materiellrechtlichen Eingliederung des Disziplinarrechts in das Verwaltungsrecht beschritten. Leider mußte diese Regelung wegen der Rechtsvereinheitlichung nach Erlaß der Bundesdisziplinarordnung und aus verfahrensrechtlichen Mängeln[101] der Disziplinarordnung für Beamte und Richter vom 8. Dezember 1953[102] weichen.

Die Bezeichnung der Disziplinarmaße als "Dienstordnungsmittel" odernach einem Vorschlag FINGERs[103] als "Dienstordnungs-

---

99) Der Begriff Schaden ist nicht technisch zu verstehen, er wird verwendet, weil er seit Erik Wolf im Verwaltungsstrafrecht eingebürgert ist, obwohl es sich nicht um Schadensersatz oder eine Ersatzform handelt. In dieser Bedeutung ist er gleichzusetzen mit einer Störung der Verwaltungstätigkeit. Reparabel ist die Störung dann, wenn sie unter Weiterbeschäftigung des Beamten behoben, d.h. ihre Fortwirkung in die Zukunft unterbunden werden kann.

100) GV NW 41; vgl. dazu Schütz, Disziplinarrecht, S. 63 ff.

101) Die Beseitigung des förmlichen Verfahrens durch ein einheitliches Verfahren mit einem Verwaltungsrechtszug und anschließendem zweistufigem Gerichtsverfahren hatte sich in der Praxis nicht bewährt; vgl. Schütz, a.a.O., S. 64.

102) GV NW 405. Seit 13.1.1970 Neufassung auf Grund des NeuOG des Bundes v. 20.7.1967 und einer Übereinkunft der Länderinnenminister v. 12.10.1967; vgl. Wiesen, JVBl. 70, 49 ff.

103) ZBR 66, 47; ders. i. ZBR 64, 10; dag. Wiese, VerwArch. 65, 203, der zutreffend hervorhebt, daß unter dem Begriff Dienstordnungsmaßnahme auch rein organisatorische Maßnahmen subsummiert werden könnten.

maßnahme" hat allerdings der bisweilen hieran geübten Kritik zufolge den Nachteil, daß sie sich nominell nicht genügend abhebt von reinen organisationsrechtlichen Maßnahmen des Dienstherrn gegen den Beamten auf Grund der Personalhoheit,[104] die ein Verschulden des Beamten nicht voraussetzen. Will man weiterhin in der Schuld ein charakteristisches Merkmal der Dienstpflichtverletzung und damit des Disziplinarrechts sehen - und das ist wohl wegen § 26 Abs. I BBG erforderlich -, so ist zur Abgrenzung bezüglich anderer innerdienstlicher Maßnahmen, die auch ordnungsregelnder Natur sein mögen, der Begriff Disziplinarmaßnahme beizubehalten, obwohl sich in ihm aus seiner geschichtlichen Entwicklung heraus allzusehr das hoheitliche Element des Beamtenverhältnisses wiederspiegelt.

---

104) Beispielhaft sei hier als Gegenstück zur disziplinarischen Versetzung die Versetzung aus dienstlichen Gründen nach § 26 Abs. I BBG genannt, die heute durchweg als anfechtbarer Verwaltungsakt angesehen wird; vgl. Plog-Wiedow, Rdnr. 38 zu § 26 BBG; Leusser-Gerner, Anm. 5 zu Art. 35 BayBG; OVG Koblenz i. ZBR 56, 368; Hess. VGH i. NJW 52, 160; BayVGH i. VerwRspr. 7, 664; a.M. Fischbach, Bundesbeamtengesetz, Bd. I, S. 270; OVG Hamburg i. ZBR 59, 81, da der Beamte in seinem Statusverhältnis nicht betroffen sei. Da das Gesetz selbst davon ausgeht, daß der Beamte nicht in seinen Rechten verletzt sein darf, könnte daraus geschlossen werden, daß wegen fehlender Rechtsbetroffenheit nur ein innerdienstlicher Rechtsakt vorliegt. Deshalb muß jedoch nicht der Rechtsweg ausgeschlossen sein, wie Fischbach, a.a.O., zutreffend betont. In ihm muß geklärt werden können, ob die Voraussetzungen des § 26 Abs. I BBG erfüllt sind. Zur Frage der Organisationsgewalt als Rechtsgrundlage innerdienstlicher Rechtsakte vgl. Fischbach, I, S. 83 f.; Spanner, DÖV 57, 640; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 401 ff.; Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964, S. 70 ff.; BVerfGE 2, 307, 319; BayVerfGH i. DÖV 64, 22 ff.; Rechtsgrundlage der Organisationshoheit des Staates ist in Bayern Art. 77 Abs. I BV.

II. Weitere Konsequenzen der hier vertretenen Reformauffassung

a) Verfahrensrechtliche Folgerungen

Als logische Konsequenz einer Auffassung vom Disziplinarrecht, die die Disziplinarmaßnahme als eine aus der Personal- und Organisationsgewalt[105] des Dienstherrn abgeleitete Verwaltungsmaßnahme begreift, liegt es nahe, die Sanktion als Verwaltungsakt anzusehen, der im Verwaltungsgerichtsverfahren angefochten wird. Daß de lege ferenda die Streitigkeit über Zweck und Rechtmäßigkeit einer Disziplinarmaßnahme auf bundesrechtlicher Ebene auch in erster Instanz den Verwaltungsgerichten der Länder übertragen werden sollte, wird heute überwiegend in der Literatur befürwortet.[106] Auch im allgemeinen Verwaltungsgerichtsverfahren müssen die Gerichte der Länder über beamtenrechtliche Streitigkeiten zwischen Bundesbeamten und ihrem Dienstherrn auf Grund des Bundesbeamtengesetzes entscheiden.[107]

Zugleich sollten aber aus Gründen der Rechtsvereinheitlichung und der Vereinfachung der Verfahrensordnungen, die die Verwaltungsgerichte anzuwenden hätten, bundeseinheitlich die Vorschriften über das Verfahren in Disziplinaran-

---

105) Eine eigene Dienststrafhoheit des Dienstherrn ist zu verneinen (s.a. Behnke, BDO, 1. Aufl., S. 59), da es sich auch schon nach der bisherigen neueren Dogmatik nicht mehr um Strafen handeln soll. Disziplinarrecht ist daher Dienstherrnrecht, genauer, Organisations- und Personalrecht. Dies auch dann, wenn wie beim Verweis der Beamte in seinem Amt verbleibt. Von der eigentlichen organisationsrechtlichen Maßnahme unterscheidet sich die Disziplinarmaßnahme in Voraussetzung und Wirkung, daß einerseits ein Verschulden des Beamten gefordert wird, dem andererseits auf der Rechtsfolgenseite ein adäquater Eingriff in seinen beamtenrechtlichen Status gegenübersteht.

106) Werner i. Carl Heymanns Verlag-Festschrift, S. 115; Finger, ZBR 66, 46; Lochbrunner, ZBR 63, 289; Bender, DÖV 67, 183.

107) S.a. Bender, a.a.O.

gelegenheiten als ein Sonderverfahren in die Verwaltungsgerichtsordnung inkorporiert werden.[108]

Das sich hieraus entwickelnde Problem ist jedoch folgendes: Bei der Anwendung der Verwaltungsgerichtsordnung auf das Disziplinarverfahren ergeben sich zwei theoretische Regelungsmöglichkeiten.

Entweder man beseitigt die bisherige Trennung in förmliches und nichtförmliches Verfahren und gibt dem Beamten das Recht, gegen die Disziplinarverfügung des Dienstvorgesetzten die Anfechtungsklage zu erheben, oder man behält die Trennung bei und gewährt gegen die im nichtförmlichen Verfahren ergangene Disziplinarverfügung die Anfechtungsklage mit vorangegangenem Widerspruch und eröffnet für das förmliche Verfahren, das für bestimmte Disziplinarmaßnahmen ausschließlich zulässig sein soll,[109] ein Sonderverfahren[110] vor dem Verwaltungsgericht, in dem sich Dienstherr und Beamter als Kläger und Beklagter[111] in einem öffentlich-rechtlichen Parteiverfahren gegenüberstehen.[112] Die Öffentlichrechtlichkeit des Verfahrens würde sich nicht aus dem Subjektionsverhältnis ergeben,[113] sondern aus der Natur des Streitgegenstandes, der sich auf die Regelung eines Beamtenrechtsverhältnisses bezieht, das hoheitlich ausgestaltet ist.

---

108) Vgl. Entschließung des BT bei Dickertmann, JR 67, 367 und Stellungnahme des Dt. Anwaltsvereins bei Bender, a.a.O.

109) Wie bisher: vgl. § 29 Abs. I BDO.

110) Vgl. Finger, a.a.O.

111) Die bisherige Regelung ist noch dem Strafprozeß verhaftet; der Beamte hat die Stellung eines Angeklagten: vgl. §§ 33, 40, 56, 64, 67, 72, 75 BDO.

112) Darüber Eyermann-Fröhler, Rdnr. 6 ff. zu § 40 VwGO.

113) Für die Frage der öffentlich-rechtlichen Parteistreitigkeit kommt es nur darauf an, daß kein Beteiligter im konkreten Verfahren für den anderen bindende Entscheidungen zu treffen befugt ist, nicht dagegen, ob außerhalb des Verfahrens ein Subjektionsverhältnis besteht; Eyermann-Fröhler, a.a.O., Rdnr. 8.

Noch besser stellt man auf die Regelung eines öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses ab, das keineswegs notwendig ein Über-Unterordnungsverhältnis zu sein braucht.

Ähnlich den privatrechtsgestaltenden Zivilurteilen[114] würde das Disziplinarurteil der Verwaltungsgerichte nach der hier vertretenen Auffassung das Beamtenrechtsverhältnis umgestalten,[115] während die Eingliederung des Bundesdisziplinarhofs in das Bundesverwaltungsgericht nach § 55 BDO n.F. keine dogmatisch notwendige Konsequenz aus dem Begriff des Disziplinarrechts darstellt, wenn man weiterhin die Disziplinarmaßnahmen als Erziehungsmittel begreift. Hier fehlt die Beziehung zu dem das Verwaltungsgerichtsverfahren beherrschenden Begriffs des Verwaltungsaktes.

Für den oben beschriebenen zweiten Lösungsweg spricht auch die Tatsache, daß der Beamte aus seiner sozial abhängigen Lebensstellung heraus in Verbindung mit der hoheitlichen Ausgestaltung des Beamtenrechtsverhältnisses nicht wagen könnte, eine Anfechtungsklage zu erheben, um sich "nicht noch mehr Schwierigkeiten zu machen".[116] Seine Situation ist eine grundsätzlich andere als die des Bürgers, der dem Staat als Fremder gegenübersteht. Daher sollte dem Dienstvorgesetzten im nichtförmlichen Verfahren nur die leichte Sanktion des Verweises offenstehen, die den Beamten nicht

---

114) §§ 23 EheGes, 641 ZPO, 2342 BGB; vgl. dazu Thomas-Putzo, Anm. I vor § 253 ZPO.

115) Werner, a.a.O., S. 115 f., vertritt demgegenüber den Reformstandpunkt, das Disziplinarverfahren solle nur an das Verwaltungsgerichtsverfahren angeglichen werden unter Beibehaltung seiner Selbständigkeit.

116) Darüber hinaus würde die Ermächtigung zu einseitigen Eingriffen in die Rechte des Beamten auch nicht in das System der organisationsrechtlichen Maßnahmen passen (vgl. § 26 BBG). Bei der Verhängung bestimmter Disziplinarmaßnahmen wird daher die Ausübung der Organisationsgewalt im notwendigen Umfange von Gesetzes wegen auf das zuständige Gericht übertragen.

fühlbar in seinen Rechten beeinträchtigt, so daß ein Verzicht auf die Anfechtung[117] - aus welchen Gründen auch immer - keine schwerwiegenden Folgen für ihn zeitigt.

Ein Dreiinstanzenzug wie im allgemeinen Verwaltungsgerichtsverfahren ist anzustreben.[118] Er ergibt sich zwangsläufig aus der Eingliederung des Disziplinarverfahrens in die Verwaltungsgerichtsordnung. Das Bundesverwaltungsgericht würde als Revisionsgericht von zeitraubenden Tatsachenfeststellungen befreit sein.

b) Das Opportunitätsprinzip

Im Gegensatz zu einigen Regelungen der Länder[119] gilt gemäß § 26 Abs. I S. 1 BDO für das Vorermittlungsverfahren nicht das Opportunitätsprinzip, wohl aber für die nach den Ergebnissen der Ermittlung zu tätigenden weiteren Maßnahmen.[120] Diese Regelung ist zutreffend, da sie verhindern soll, daß aus Gründen der Opportunität außerhalb sachbezogener Erwägungen ein Beamter geschont wird, sie beugt dadurch Verstößen gegen das Willkürverbot vor. Eine sachgemäße Ermessensentscheidung darüber, ob gegen einen Beamten eine Disziplinarmaßnahme verhängt werden soll oder nicht, setzt notwendigerweise die genaue Kenntnis der Disziplinarvergehen und der übrigen einschlägigen Umstände voraus.

---

117) Die Trennung des gerichtlichen Verfahrens in Anfechtungsklage und öffentlich-rechtliche Parteistreitigkeit hat den Nachteil, daß dem Disziplinarverfahren die Geschlossenheit eines einheitlichen Verfahrens fehlt; dies läßt sich jedoch angesichts der praktischen Bedürfnisse nicht verhindern; vgl. auch zur bisherigen Regelung die §§ 31 u. 33 BDO.

118) Ebs. Werner, a.a.O., S. 125; Finger, ZBR 66, 46; ders. i. DÖV 68, 37; s.o. Anm. 103 ff.

119) Vgl. Behnke, Anm. 3 zu § 26 BDO.

120) §§ 3, 27, 28 BDO.

Hiermit ist aber noch nichts über die grundsätzliche Zulässigkeit des Opportunitätsprinzips im Disziplinarrecht ausgesagt.
Ansatzpunkt der Kritik ist Art. 3 Abs. I GG.[121]

Das Opportunitätsprinzip läßt sich im Disziplinarrecht nicht durch einen Hinweis auf den allgemeinen Würdigkeitsbegriff als sog. Generalklausel im Gegensatz zu den festumrissenen Tatbeständen im Strafrecht rechtfertigen,[122] da es sich hierbei um die Frage nach dem Vorliegen eines Dienstvergehens handelt (unbestimmter Rechtsbegriff in § 54 BBG), während das Opportunitätsprinzip (Ermessensgrundsatz) die Frage betrifft, ob bei Vorliegen eines Dienstvergehens der Dienstherr das Unrecht zu ahnden hat oder nicht.

Aber andererseits wäre auch die vollständige Integration des Disziplinarrechts in das Verwaltungsrecht noch kein hinreichendes Kriterium, da es auch auf dem Gebiet des Verwaltungsstrafrechts strikte Rechtsanwendung[123] geben kann.

---

121) Bedenken hinsichtlich der durch das Opportunitätsprinzip ermöglichten Willkür in der Handhabung der Disziplinargewalt bei Lochbrunner, ZBR 63, 288 f., 301; Sellmann, DVBl. 57, 231; Molitor, BayBZ 56, 171; geg. ihn Hitzelberger, BayBZ 57, 135; ferner Haueisen, DÖV 51, 207; Thiele, DÖD 60, 21; ders. i. ZBR 58, 368, der glaubt, die eigentliche Schwäche liege in der Generalklausel; teilw. abw. Fees, ZBR 60, 45; Schulz-Koffka, ZBR 66, 331 ff. Die h.L. beruft sich auf den Unterschied zum Strafrecht und die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, wenn sie auch zugeben muß, daß das Opportunitätsprinzip nicht bedenkenfrei sei; vgl. Kugeler, ZBR 60, 36; Lindgen I, S. 26 ff.; Schütz, Disziplinarrecht, S. 74.

122) So aber Lindgen I, S. 28.

123) Hiermit ist nicht der Unterschied von "ius strictum" und "ius aequum" angesprochen, der sich auf den Subsumtionsvorgang bezieht, während die Grundsätze der Opportunität und Legalität an den eigentlichen Subsumtionsvorgang anschließen und den sich in der Außenwelt abspielenden Akt der Rechtsanwendung betreffen.

Beispiele hierfür enthält das Ordnungswidrigkeitenrecht in den §§ 89, 96 und 98 OWiG, betreffend die Vollstreckung einer Geldbuße, Anordnung der Erzwingungshaft und Verhängung von Jugendarrest.[124] Erst die völlige Integration des Disziplinarrechts in das Beamtenrecht nach der hier vertretenen Auffassung würde das Opportunitätsprinzip zwingend zur Folge haben; denn Disziplinarmaßnahme als verwaltungsinterne, organisationsrechtliche Maßnahme mit Statuswirkung verstanden, ist eine ureigene Angelegenheit des Dienstherrn zur Regelung eigener Ordnungsbelange.

Das Legalitätsprinzip würde einen unzulässigen Eingriff in die Personalhoheit des Dienstherrn bedeuten, während Disziplinarmaßnahmen als Strafe verstanden, der die Vergeltung immanent ist,[125] grundsätzlich das Legalitätsprinzip fordern.[126]

Aber auch praktische Konsequenzen sprechen für das Opportunitätsprinzip.[127] Die Disziplinargewalt des Dienstherrn würde überfordert sein, wenn jede kleinste Verfehlung zu ahnden wäre, während andererseits das Betriebsklima hierdurch erheblich leiden müßte, denn eine ständige Überwachung und Gängelung des Beamten wäre die Folge.

---

124) Dazu Göhler, Anm. 5 zu § 89, 4 B zu § 96 und 7 C zu § 98 OWiG.

125) Scheler, a.a.O., S. 383. Wenn die h.L. die Disziplinarmaßnahmen als Erziehungsmittel apostrophiert, so schließt das den Strafcharakter noch nicht aus; denn auch die Kriminalstrafe hat neben dem Vergeltungszweck (besser Durchsetzungsfunktion) einen Erziehungseffekt, will sie doch über die reine "Negation der Negation des Rechts" hinaus einen verhütenden Erfolg zeitigen; dazu s.o. § 9 I b).

126) "Vergeltung und Sühne rühmen sich daher einer rein sittlichen Wurzel ohne jedes innere Fundament. Faktisch reichen diese Ideen nicht in die absolute und rein sittliche Sphäre der Personen und der Personenverhältnisse hinein, sondern sind in ihrem Gehalte durchaus relativ auf den Wert der Wohlfahrt einer Gemeinschaft lebendiger Wesen." (Scheler, a.a.O.) Aus praktischen Gründen kann daher auch im Bereich der Strafe das Opportunitätsprinzip gerechtfertigt sein, wo das Sittengesetz grundsätzlich das Legalitätsprinzip fordert.

127) So auch Lindgen I, S. 28.

Die Nachteile des Opportunitätsprinzips, die sich durch willkürliche Handhabung der Disziplinargewalt ergeben, sei es, daß ein Disziplinarverfahren zu Unrecht eingestellt wird oder ungleiche Maßnahmen ausgesprochen werden, können durch die Institution des Disziplinaranwalts gemildert werden, die sich in der Praxis bewährt hat.[128)]

Die Bezeichnung "Vertreter des öffentlichen Interesses", wie sie in Nordrhein-Westfalen gebraucht wird,[129)] wäre bei einer Integrierung des Verfahrensrechts in die Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend den §§ 35 ff. VwGO zu begrüßen. Daß der "Vertreter des öffentlichen Interesses" im Disziplinarverfahren vor allem in der Erfüllung seiner Aufgabe, für eine sachliche und gleichmäßige Handhabung der Disziplinargewalt zu sorgen, auch im Interesse des Beamten tätig wird,[130)] begründet keinen Unterschied zu den §§ 35 ff. VwGO; denn auch hier hat der Vertreter des öffentlichen Interesses nicht nur die Interessen der öffentlichen Hand wahrzunehmen, sondern im gleichen Maße auch diejenigen des Bürgers.[131)] Entscheidend ist auch seine Unterworfenheit unter das Recht,[132)] zu dessen Durchsetzung er mitzuwirken hat.

Daß der Vertreter des öffentlichen Interesses gemäß § 35 Abs. I S. 3 VwGO an die Weisungen der Bundesregierung, gegebenenfalls an die der Landesregierung gebunden ist, beeinträchtigt seine Funktion gleichwohl nicht. Dennoch wäre zu überlegen, ob diese Regelung auch für den Vertreter des öffentlichen Interesses in einem zukünftigen Disziplinarver-

---

128) Clausen, ZBR 65, 207; Dau, ZBR 66, 338; Döring, ZBR 67, 232; Lindgen, DVBl. 63, 10; Lochbrunner, ZBR 63, 288 ff.

129) Vgl. Schütz, Disziplinarrecht, S. 345 ff.

130) Behnke, Anm. 10 zu § 37 BDO; Lindgen I, S. 34.

131) Eyermann-Fröhler, Rdnr. 5 zu § 35 VwGO; Schunck - De Clerk, Anm. 2 zu § 35 VwGO.

132) Eyermann-Fröhler, a.a.O.

fahren gelten kann. Bedenken ergeben sich insofern, als das Schwergewicht seiner Tätigkeit im nichtförmlichen Verfahren liegt, weil hier der Instanzenzug der Gerichte, der im allgemeinen für eine gerechte Handhabung der Disziplinargewalt sorgt, praktisch nicht wirksam ist.

Wäre nun der Vertreter des öffentlichen Interesses an die Weisungen der Gubernative gebunden, die in der Regel gleichzeitig den Dienstherrn repräsentiert, so könnte seine Wirksamkeit beeinträchtigt werden.[133)]

III. Die Vereinbarkeit der streng verwaltungsrechtlichen Theorie mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums

Abschließend zu der hier vertretenen Lösung des Problems der Doppelbestrafung, die gleichzeitig ein Beitrag zur Disziplinarrechtsreform sein soll, ist zu überlegen, ob dieser Weg der Beseitigung jeglicher strafrechtlicher Elemente im Disziplinarrecht mit der durch Art. 33 Abs. V GG gesicherten verfassungsrechtlichen Stellung des Berufsbeamtentums vereinbar ist.

Zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gehört sicherlich die materielle Fundamentalpflicht aller Beamten, aus der sich alle weiteren Pflichten ableiten lassen, daß der Beamte seine ganze Arbeitskraft dem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen hat und dessen Interessen innerhalb

---

133) Die Unterstellung des Bundesdisziplinaranwalts unter das Weisungsrecht der Bundesregierung in der Neufassung des § 38 Abs. I S. 2 BDO statt wie bisher unter dasjenige des Bundesministers des Innern hat die Position des Bundesdisziplinaranwalts gestärkt; Wodtke, Rdnr. 1 zu § 38 BDO.

und außerhalb des Dienstes er wahrzunehmen hat;[134] dies folgt schon aus der Definition des Beamtenverhältnisses als ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis.[135]

Die offene Fassung des disziplinarrechtlichen Grundtatbestandes in § 2 Abs. I BDO zwingt aus disziplinarrechtlicher Sicht, eine logische Einheit zwischen der materiellrechtlichen Grundpflicht des Beamten und dem disziplinarrechtlichen Grundtatbestand anzunehmen, die aus beamtenrechtlicher Sicht dadurch ergänzt wird, daß das Bestehen disziplinarrechtlicher Normen praktisch Wirksamkeitsvoraussetzung der Beamtenpflichten ist, so daß das materielle Beamtenrecht und das materielle Disziplinarrecht eine logische und notwendige Einheit bilden, die den Schluß rechtfertigt, auch das Institut des Disziplinarrechts falle unter die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums.[136]

Geht man von dieser dargestellten Einheit aus, so ist eine streng verwaltungsrechtliche Disziplinarrechtstheorie nur konsequent, wenn sie dem Disziplinarrecht jede Eigenständigkeit abspricht. Es ist daher zu fordern, daß der disziplinarrechtliche Grundtatbestand im hier verstandenen Sinne in das materielle Beamtenrecht integriert wird, wie das Disziplinarverfahrensrecht in die Verwaltungsgerichtsordnung einkorporiert werden muß.

Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums beschränken sich jedoch auf die bloße Existenz[137] beamtenrechtlicher Disziplinarnormen, das sind Rechtssätze, die durch rechtliche Sanktionen der Durchsetzung materiellrechtlicher

---

134) Sie ist Ausfluß der Regel von der Hauptberuflichkeit; dazu BVerfGE 9, 286; Maunz-Dürig-Herzog, Rdrn. 66 zu Art. 33 GG; Thieme, a.a.O., S. 48; Brinkmann-Hachenbroch, Anm. 19 b) zu Art. 33 GG.

135) §§ 2 Abs. I, 52, 54 S. 1 BBG.

136) Vgl. dazu BK, Anm. 7 e) zu Art. 33 GG; v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Bd. I, S. 816, Anm. 3; BGH i. ZBR 53, 88; Schütz, Disziplinarrecht, S. 74.

137) Die Existenz eines Disziplinar r e c h t s ist dann in ihrem Kern betroffen, wenn der Beamte ohne ein förmliches Disziplinarverfahren entlassen werden kann. In diesem Sinne auch die unter Anm. 136 genannten Autoren.

Pflichten dienen. Wie diese Regelung konkret auszusehen hat, ist jedoch Sache des einfachen Gesetzgebers; denn der Versuch des Verfassungsgebers, einen Rechtszustand durch Art. 33 Abs. V GG rechtlich zu fixieren und zu konservieren, muß aus Gründen der Fortentwicklung der Verfassung restriktiv ausgelegt werden. Der einfache Gesetzgeber hat demnach auch die Kompetenz zu entscheiden, ob eine Regelung ausreichend ist, die verfassungsrechtlich verankerten Grundpflichten des Beamten durchzusetzen, so daß sich auch hieraus keine verfassungsrechtliche Schranke für die hier vertretene Auffassung ergibt.

§ 11

Das Problem der Doppelbestrafung unter anderen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten

Abschließend sind noch folgende Fragen zu erörtern, die in Literatur und Rechtsprechung zum Problem der Doppelbestrafung der Beamten außerhalb des Satzes "ne bis in idem" aufgeworfen werden, nämlich die Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgebot und dem Rechtsstaatsprinzip. Während die ganz überwiegende Meinung das Problem unter dem Aspekt des Art. 103 Abs. III GG erörtert,[138] stellt THIEME[139] auf Art. 3 Abs. I GG und das Bundesverfassungsgericht[140] auf Art. 20 Abs. I GG (Rechtsstaatsprinzip) ab.

I. Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz

Die These, eine Doppelbestrafung des Beamten nach Strafrespektive Ordnungswidrigkeitenrecht und Disziplinarrecht verstoße gegen Art. 3 Abs. I GG, da der Arbeitnehmer einer Doppelbestrafung nicht unterliege,[141] ist auf zweierlei Art begründbar.

---

138) S.o. § 1 II a).

139) Der öffentliche Dienst ..., S. 80.

140) BVerfG i. NJW 67, 1651 ff., mit kritischer Anm. von Rupp. Das BVerfG verneint die Anwendung des Art. 103 Abs. III GG mit dem Hinweis auf die "allgemeinen Strafgesetze" und die historisch überlieferte Interpretation des Grundsatzes "ne bis in idem", aufrechterhalten von BVerfG i. NJW 70, 507, mit kritischer Anm. von Kreuzer; vgl. noch BVerfGE 3, 252 f. = JZ 54, 204; ebs. BGHSt 3, 16; 6, 125 = JZ 54, 706.

141) Thieme, a.a.O.

Entweder verstoßen §§ 2 BDO, 77 Abs. I BBG, die die Doppelbestrafung zulassen, gegen das Willkürverbot, dann sind die daraus resultierenden Vollziehungsmaßnahmen (Disziplinarverfügung und Urteil) ebenfalls verfassungswidrig,[142] oder man legt die genannten Bestimmungen verfassungskonform aus und stellt im übrigen auf den Einzelfall ab.

a) "Ne bis in idem" und allgemeiner Gleichheitsgrundsatz

Art. 103 Abs. III GG verbietet eine nochmalige Verurteilung eines Rechtsbrechers, soweit sein Unrecht mit dem vorangehenden Urteil bereits rechtlich abschließend gewürdigt werden konnte.[143] In dieser Hinsicht ist die Bestimmung aus dem Gedanken der Rechtssicherheit verständlich.[144] Das Gesetz spricht aber von Bestrafung und verbietet dadurch jedenfalls und erst recht die nochmalige Vollziehung einer bereits verbüßten Strafe, weil mit dem Vollzug das Unrecht des Rechtsbrechers bereits abgegolten ist.[145] Aus dieser Sicht ist Art. 103 Abs. III GG auch Ausdruck des Gerechtigkeitsgebotes, da dem Täter bereits das zugekommen ist, was er "verdient" hat.[146]

---

142) Art. 20 Abs. III GG.

143) Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 125 zu Art. 103 Abs. III GG. Auf die tatsächliche Würdigung, die Verurteilung und den Vollzug kommt es unstr. nicht an.

144) Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 124 zu Art. 103 Abs. III GG; Verbrauch des materiellen Strafanspruchs und der Klage.

145) Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 126 zu Art. 103 Abs. III GG; Gerechtigkeit als "Gebühren" auch im negativen Sinne; vgl. zur Definition der Gerechtigkeit Dahm, Deutsches Recht, S. 15, unter Hinweis auf die gängige Formulierung Ulpians, D 1, 1, 1, 10.

146) Dieser Gesichtspunkt tritt allerdings bei Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O., und Holtkotten i. BK, Anm. 4 a) zu Art. 103 Abs. III GG nicht in Erscheinung.

Wenn man Gleichheit und Gerechtigkeit gleichsetzt, wie es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anklingt,[147] so könnte man zu dem Ergebnis gelangen, daß Art. 3 Abs. I GG lex specialis zu Art. 103 Abs. III GG sei, was jedoch mit der Fassung des Art. 103 Abs. III GG sowie der systematischen Stellung im Gesetz[148] ganz und gar unvereinbar wäre. Art. 103 Abs. III GG will offenbar eine Regelung, die vielleicht schon aus generellen Normen abgeleitet werden könnte,[149] definitiv und als Sonderfall an einer allerdings nicht sehr exponierten Stelle im Zusammenhang mit den mehr formellen Bestimmungen über die organisatorischen Fragen der dritten Gewalt, treffen.

Nun will auch Art. 3 Abs. I GG neben der Gerechtigkeit der Rechtssicherheit dienen; denn es verunsichert das Rechtsleben, wenn Recht unter "Ansehen der Person" gesprochen wird (Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit des Prozesses), so daß man zu dem Ergebnis gelangen könnte, Art. 103 Abs. III GG sei Spezialfall zu Art. 3 Abs. III GG und schließe diesen daher aus. Aber auch dieses Ergebnis wäre unrichtig, weil

---

147) BVerfGE 1, 14; 1, 264; 3, 155, 182; kritisch dazu Brinkmann-Hachenbroch, Anm. 3 a) zu Art. 3 Abs. I GG. Da Willkür und Gerechtigkeit Antipoden sind, erweitert das BVerfG den an sich subjektiv begrenzten Willkürbegriff im Sinne einer objektiven Gerechtigkeit; vgl. BVerfGE 4, 155; s.a. BSGE 10, 68; Leibholz-Rinck, Grundgesetz, S. 65; Koellreutter, Staatsrecht, S. 54; Feldmann-Geisel, Deutsches Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, 1954, S. 21, c; Giese-Schunck, Grundgesetz, S. 16, 3; v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Bd. I, S. 200 f.; dag. Brinkmann-Hachenbroch, a.a.O., der allein auf die objektiv ungerechte Verletzung abstellen will.

148) Holtkotten i. BK, Anm. II 4 b) sieht in Art. 103 Abs. III GG einen allgemeinen, ungeschriebenen Rechtsgrundsatz. Allerdings ist der Grundsatz unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip zu entwickeln (dazu Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 124 zu Art. 103 Abs. III GG), hat jedoch in Art. 103 Abs. III GG eine definitive Regelung erfahren.

149) Vgl. Anm. 148.

beide Normen nur einen jeweils verschiedenen Ausschnitt aus dem großen Kreis möglicher Verletzungen des Gerechtigkeitsgebots und der Rechtssicherheit betreffen.[150] So ist auch das allgemeine Gerechtigkeitsprinzip nicht schlechthin mit dem Gleichheitssatz identisch,[151] vielmehr ist Gleichheit nur ein - wenn auch wesentlicher - Teilaspekt der Gerechtigkeit.

Das Gleichheitsgebot setzt schon begrifflich den Vergleich mit anderen Personen voraus, während das Gerechtigkeitsprinzip auch dann noch angewendet werden muß, wenn "nurmehr der letzte Verbrecher zu bestrafen wäre".[152] Art. 103 Abs. III GG und Art. 3 Abs. I GG stehen daher in keinem Abhängigkeitsverhältnis zueinander.

b) Gleichheit "vor dem Gesetz"

Im Anschluß an die Formulierung des Art. 3 Abs. I GG ist in der Lehre ein neuer Streit darüber entbrannt, ob der allgemeine Gleichheitssatz auch für den Gesetzgeber gilt.[153]

---

150) Ein Spezialfall liegt insofern nicht vor, als keiner der beiden Tatbestände notwendigerweise auch eine Verletzung des anderen bedingt. Dies schon deshalb nicht, weil Art. 3 Abs. I GG immer einen Vergleich mit anderen, ähnlichen Fällen voraussetzt, was bei Art. 103 Abs. III GG nicht zutrifft. Art. 3 Abs. I GG ist Ausdruck der kommutativen, Art. 103 Abs. III GG dagegen der distributiven Gerechtigkeit.

151) S.a. Brinkmann-Hachenbroch, a.a.O.

152) Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, Allg. Anm. E zu §§ 43 bis 49; ähnlich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 99; dag. Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik; Noll, Die ethische Begründung der Strafe, 1962, S. 6.

153) Bejahend die h.L.; Wernicke i. BK, Anm. II b) zu Art. 3 Abs. I GG; v. Mangoldt-Klein, Anm. III 2 zu Art. 3 Abs. I GG; Leibholz-Rinck, Rdnr. 1 ff. zu Art. 3 GG; Schmidt-Bleibtreu, Rdnr. 14 ff. zu Art. 3 GG; Hamann, Anm. B 3 zu Art. 3 GG; Giese-Schunck, Anm. II 2 zu Art. 3 GG; a.M. Brinkmann-Hachenbroch, Anm. I 1 b) zu Art. 3 Abs. I GG; Ipsen, Gleichheit i. Die Grundrechte, Bd. II, S. 157, der zwar eine Bindung des Gesetzgebers an das sog. Willkürverbot bejaht, diesem aber keine aktuelle Bedeutung zumißt.

Geht man vom Wortlaut aus, so setzt Art. 3 Abs. I GG die Existenz eines Gesetzes voraus und gilt somit nur für jegliche Gesetzesanwendung. In diesem Sinne ist unter Gleichheit der Satz zu verstehen, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sind.[154] Aus Art. 3 Abs. I GG selbst läßt sich, so scheint es daher, eine Bindung auch des Gesetzgebers nicht herleiten. Ebensowenig aber auch aus Art. 1 Abs. III GG, da diese Bestimmung den Gesetzgeber doch wiederum nur an Art. 3 Abs. I GG, so wie er aus sich selbst heraus aufzufassen ist, binden würde.[155]

Dagegen ist das Argument, Art. 3 Abs. I GG sei Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens und an diesen sei auch der Gesetzgeber gebunden,[156] schlüssig, auch wenn Gerechtigkeit und Gleichheit nicht identisch sind; denn die Gerechtigkeit umfaßt jedenfalls die Gleichheit[157] - wenn auch nicht umgekehrt.

Daher ist der Gesetzgeber über das Gerechtigkeitsprinzip auch an den Gleichheitssatz gebunden. Dieses Ergebnis ist jedoch vielleicht trotz des scheinbar eindeutigen Wortlauts, außer aus Art. 1 Abs. III GG, auch aus der Grundrechtsnorm selbst abzuleiten. Es handelt sich bei der Wortfassung des Art. 3 Absatz I GG um eine über-

---

154) Brinkmann-Hachenbroch, Anm. 1 b) zu Art. 3 Abs. I GG.

155) So folgerichtig Brinkmann-Hachenbroch, a.a.O.; a.M. v. Mangoldt-Klein I, S. 201; Wernicke, a.a.O.; Hamann, S. 89; Feldmann-Geisel, a.a.O., S. 21 bb); Koellreutter, a.a.O., S. 54; Maunz, Staatsrecht, S. 121; BVerfGE 1, 52, 10; BAGE 5, 269; BGHSt 4, 402; BSGE 2, 217, die zur Begründung auf Art. 1 Abs. III GG verweisen.

156) So v. Mangoldt-Klein I, S. 200 ff.; Maunz, Staatsrecht, 15. Aufl., S. 114; BVerfGE 4, 18 f.; 9, 206, und die h.L.

157) Dies übersehen Brinkmann-Hachenbroch, Anm. I 1 c) zu Art. 3 Abs. I GG in ihrer Kritik an der h.L.

kommene und gängige Formulierung,[158] die schon deshalb nicht wörtlich zu interpretieren ist. Eine nicht eindeutige Wortinterpretation kann aber von einer anderslautenden teleologischen Interpretation verdrängt werden.[159]

Wenn Art. 3 Abs. I GG eine Ungleichbehandlung bei der Gesetzesanwendung verbietet, so muß diese Bestimmung ihrem Zweck entsprechend auch ein Gesetz verbieten, das eine Ungleichbehandlung bei seiner Anwendung fördert oder sogar selbst eine innere Ungleichbehandlung enthält (arg. a fortiori). Diese Auffassung hat sich im Ergebnis auch im Schrifttum und der Rechtsprechung durchgesetzt.[160]

c) Verstoß gegen die Chancengleichheit

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. I GG könnte dann in der Doppelbestrafung des Beamten gesehen werden, wenn eine solche bei Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst[161] ausgeschlossen ist. Die ganz überwiegende Lehre[162] läßt je-

158) Vgl. schon die Formulierung in Art. 109 WRV und ihre damalige Interpretation bei Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. 1959, S. 87, dessen Ergebnis von der Rspr. des BVerfG grundsätzlich übernommen wurde. Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. I GG läßt vom Wortlaut her keine Einschränkung auf rechtsanwendende Instanzen zu; vgl. dazu v. Mangoldt, AöR 75 (1949), S. 281; Jerusalem, SJZ 50, 6.

159) Als allgemeines hermeneutisches Prinzip gilt der Grundsatz teleologischer Interpretation auch im öffentlichen Recht; dazu Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 153 f., und BVerfGE 1, 312, wo unter dem Oberbegriff der objektiven Gesetzesinterpretation Wort-, systematische und teleologische Interpretation verstanden wird.

160) S.o. Anm. 153).

161) Eine Beschränkung des Vergleichs auf Angehörige des öffentlichen Dienstes ist allerdings nicht erforderlich, wird aber zur besseren Vergleichbarkeit vorgenommen.

162) S.o. § 8 II c), Anm. 228 ff.

doch Betriebsbußen für ein innerbetriebliches Fehlverhalten,[163] das gleichzeitig einen Straftatbestand verwirklicht, neben einer Kriminalstrafe zu, während sich die Rechtsprechung mit diesem Problem kaum zu befassen braucht.[164] Will man daher bei der Doppelbestrafung des Beamten einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. I GG annehmen, muß man zumindest auch die Doppelbestrafung der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst aus einem anderen Gesichtspunkt für unzulässig erachten.

Art. 3 Abs. I GG kann aus diesen Gründen hinsichtlich der Doppelbestrafung der Beamten nur für außerdienstliches Fehlverhalten herangezogen werden, für das die Betriebsjustiz als Vergleichssachverhalt ausscheidet.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[165] liegt nur dann ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. I GG vor, wenn für die Ungleichbehandlung gleichgelagerter Sachverhalte kein noch hinreichender Grund vorhanden ist, wenn also der Gesetzgeber willkürlich[166] gehandelt hat, d.h. eine ordent-

---

163) Dieses kann sich auch außerhalb der Arbeitszeit und der räumlichen Betriebssphäre zutragen, muß sich jedoch unmittelbar gegen die Betriebsordnung im weiteren Sinne richten, so daß z.B. Verkehrsdelikte ausscheiden; zum Begriff der Betriebsjustiz s.o. § 8 II c); vgl. auch § 8 I BAT, der der beamtenrechtlichen Generalklausel nachgebildet ist.

164) Vgl. Meyer-Cording, NJW 66, 229.

165) BVerfGE 1, 52; 9, 244; 12, 348; 14, 150; 15, 320; 18, 46, 124, 165.

166) Der Begriff wird vom BVerfG nicht im Sinne eines Schuldvorwurfs gebraucht, sondern in zweifacher Hinsicht objektiviert. Es kommt danach nur auf den objektiven Sinn des Gesetzes, nicht auf die Motivationen des Gesetzgebers, an, andererseits aber auch nicht auf den formellen Wortlaut (BVerfGE 2, 281; 4, 25, 155; 8, 64). Letztlich versteht daher auch das BVerfG Art. 3 Abs. I GG als objektive Gerechtigkeitsnorm, bringt jedoch gleichzeitig mit dem Begriff Willkür treffend die nur beschränkte Justitiabilität des gesetzgeberischen Ermessens zum Ausdruck.

liche Ausübung seines gesetzgeberischen Ermessens[167] zu verneinen ist. Innerhalb des Art. 3 Abs. I GG sind daher zwei Fragen auseinanderzuhalten, einmal das Merkmal der gleichgelagerten Sachverhalte und zum anderen die Rechtfertigung einer formalen Ungleichbehandlung, die in der Praxis jedoch keineswegs immer scharf voneinander zu trennen sind, da formal gleiche Sachverhalte aus demselben Grund materiell ungleich sein könne, der auch die formale Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigt. So ist in beiden Fragen konkret die Beamteneigenschaft das entscheidende Moment.

Zu untersuchen ist daher, ob die Beamteneigenschaft ein außergerichtliches Vergehen eines Beamten im Gegensatz zu einem Angestellten zu einem sachlich anderen macht und ob die Beamteneigenschaft die Ungleichbehandlung rechtfertigt, wobei die zweite Frage von der ersten insoweit abhängt, als Art. 3 Abs. I GG eine Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte nicht verbietet, soweit diese sachgemäß ist.

Gegen die Interpretation des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes als Willkürverbot wendet sich u.a. SCHOLLER,[168] der Art. 3 Abs. I GG nicht nur negativ, sondern auch positiv und konkretisiert im Sinne einer Chancengleichheit, als Ausfluß der kommunikativen und distributiven Gerechtigkeit auffaßt.[169] Art. 3 Abs. I GG stellt sich somit nach dieser Auffassung als "Egalité des Conditions"[170] dar und ist Ausfluß des sozialen Rechtsstaates.

---

167) Darüber Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 117 ff. zu Art. 20 GG; Lerche i. Staatslexikon, Art. Ermessen, S. 14; Forsthoff i. Gedenkschrift für W. Jellinek, S. 234 f.; Scheuner i. Festschrift für Smend, S. 294 f.; Menger i. VVDStRL 15, 31; BVerfG i. st. Rspr., vgl. insbes. BVerfGE 6, 71.

168) Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969.

169) A.a.O., S. 36 ff., 51 ff.

170) Scholler, a.a.O., S. 14.

Diese Theorie ist im Prinzip zutreffend, da sie einer seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes veränderten Staatsauffassung entspricht. Ihre Schranke findet sie jedoch im Gewaltenteilungsprinzip sowie der Tatsache, daß es soziologisch vorgegebene Ungleichheiten gibt, die der Gesetzgeber zum Anlaß einer Ungleichbehandlung nehmen kann, letzteres allerdings nur, wenn feststeht, daß die soziologische Ungleichheit eine apriorische ist oder wenn sie mit der Verfassung in Einklang steht. Hier liegt der Berührungspunkt beider Auffassungen. Gegebene Unterschiede, die mit der Verfassung in Einklang stehen,[171] insbesondere auch nicht gegen das Sozialstaatsprinzip verstoßen, kann der Gesetzgeber nicht verpflichtet sein auszugleichen.

Daß Disziplinarmaßnahmen empfindlich in die Rechte des Beamten eingreifen können, insbesondere durch Behinderung des beruflichen Fortkommens das allgemeine Persönlichkeitsrecht tangieren, ist evident. Eine empfindliche Ungleichbehandlung im Verhältnis zu nicht beamteten Arbeitnehmern ist daher zweifellos gegeben. Da der Unterschied zwischen Beamten und sonstigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes und privaten Arbeitnehmern in Art. 33 Abs. IV und V GG verfassungsrechtlich statuiert wird, reduziert sich die Untersuchung des Art. 3 Abs. I GG auf eine Willkürprüfung.

Der herrschenden Meinung[172] erscheint ein Vergehen eines Beamten aus berufsethischen und staatspolitischen Gründen schwerwiegender als das eines sonstigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes. Sie leitet aus der integrativen Funktion[173] des Beamten ein Erziehungs- und damit Bestrafungsrecht des Dienstherrn gegenüber seinen Beamten ab und gelangt somit zu einer sachlichen Ungleichheit der vergliche-

---

171) Vgl. § 8 II a).

172) S.o. § 8 I b) 2, Anm. 195.

173) siehe nächste Seite.

nen Tatbestände, die eine Doppelbestrafung auch aus dem Gleichheitsgrundsatz rechtfertigt.

Wenn man allerdings, wie es hier vertreten wurde,[174] die Dienstpflichtverletzung als konkrete Pflichtverletzung interner Art auffaßt, also die abstrakte staatspolitische Funktion des Beamten nur als theoretischen Überbau betrachtet,[175] so muß man materiell gleichwertige Sachverhalte annehmen; denn die Verwaltungstätigkeit stören Beamter und Angestellter im öffentlichen Dienst bei einer Pflichtverletzung in gleichem Maße. Eine zusätzliche Bestrafung des Beamten, auch wenn man sie als Pflichtenmahnung apostrophiert, erscheint dann als nicht gerechtfertigt. In diesem Sinne äußert sich auch THIEME,[176] wenn er aus Art. 3 Abs. I GG folgert, daß neben der Kriminalstrafe nur diejenigen Disziplinarstrafen verhängt werden dürfen, die eine spezifische Maßnahme der Dienstzucht[177] zum Gegenstand haben.

---

173) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht i. Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 146 f., gegen Max Weber, Gesammelte politische Schriften, S. 151; ebs. Thoma i. Max Weber-Erinnerungsgabe, Bd. II, S. 58 f. Allerdings unterscheidet auch Smend, a.a.O., S. 147, die Bürokratie von den übrigen Typen integrierender Personen, deren erste und wichtigste Funktion die Integration des Staatsganzen ist, während die integrative Funktion der Beamten hinter ihre eigentliche sachliche Leistung technischer Staatstätigkeit zurücktritt. Die h.M. findet daher in der Integrationslehre Smends nur eine schwache Stütze.

174) S.o. § 9 IV.

175) Diese Auffassung kann sich auf Smend, a.a.O., stützen.

176) Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, S. 80.

177) Damit könnte über die Dienstbezogenheit der Disziplinarmaßnahme hinaus auch eine artmäßige Unterscheidung gemeint sein, derart, daß ein Katalog von Dienstordnungsmitteln eigener Art gefordert wird. Dies können nach der hier vertretenen Meinung nur Disziplinarmaßnahmen ohne Strafcharakter i.w.S. sein.

II. Das Rechtsstaatsprinzip

a) Konkurrenz mit Art. 103 Abs. III GG

Auch bei einer Erörterung des Problems der Doppelbestrafung unter dem Gesichtswinkel des Rechtsstaatsprinzips muß man sich fragen, ob dies überhaupt sinnvoll ist, wenn doch offensichtlich Art. 103 Abs. III GG die Unzulässigkeit einer mehrfachen Bestrafung expressis verbis behandelt. Schließlich läßt sich das Problem auch in Art. 1 Abs. I GG einordnen; denn der Satz "ne bis in idem" ist nicht nur Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips, sondern auch wertsystematischer Bestandteil der Sicherung der Menschenwürde.[178]

Da alle Fälle von Art. 103 Abs. III GG zugleich Fälle von Art. 1 Abs. I und 20 GG sind, umgekehrt aber nicht alle Fälle von Art. 1 Abs. I und 20 GG auch unter Art. 103 Abs. III GG zu subsummieren sind, ist letztere Norm lex specialis zu Art. 1 Abs. I GG und Art. 20 Abs. III GG. Das hat aber noch nicht ein Verdrängen der generellen Normen zur Folge. Der formal-logische Schluß muß erst durch den teleologischen Sinnzusammenhang der genannten Bestimmungen, aus dem sich ergeben muß, daß das spezielle Gesetz das generelle auch verdrängen will, bestätigt werden.[179]

Ein Indiz für eine Ersetzung der generellen Norm läßt sich darin erblicken, daß der spezielle Tatbestand für den sich überschneidenden Bereich eine andere, die allgemeine Regelung bewußt ausschließende Rechtsfolge statuiert.[180] Da Art. 103 Abs. III GG aber nur das bestätigt und ergänzt, was bereits aus den allgemeinen Normen folgt, müssen Art. 1 Abs. I, 20 Abs. III und 103 Abs. III GG nebeneinander Anwendung finden, wobei das Schwergewicht der Betrachtungen auf

---

178) Maunz-Dürig-Herzog, Rdr. 124 zu Art. 103 Abs. III GG.

179) Larenz, Methodenlehre, S. 208.

180) Vgl. Larenz, a.a.O.

der Spezialnorm des Art. 103 Abs. III GG zu liegen hat, deren Interpretation durch ihre wertsystematische Grundlage beeinflußt wird.[181] So kann man im Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 103 Abs. III GG einen allgemeinen Rechtsgrundsatz herauskristallisieren, der eine mehrmalige staatliche Sanktion strafähnlicher Art desselben Rechtssystems auf einen Unrechtstatbestand verbietet.[182] Aus diesem Grunde hätte das Bundesverfassungsgericht[183] seine Erörterungen zum Problem der Doppelbestrafung trotz des Wortlauts der Bestimmung auf Art. 103 Abs. III GG stützen können. Möglich ist allerdings auch eine Auslegung, die den allgemeinen Rechtsgrundsatz aus dem Rechtsstaatsprinzip gewinnt und auch dort beläßt. Konsequenterweise dürfte dann aber Art. 103 Abs. III GG auch nicht bei Maßnahmen innerhalb des Disziplinarrechts angewendet werden.[184]

b) Sachliche Vereinbarkeit der Doppelbestrafung mit dem Rechtsstaatsprinzip

Es kann bei der endgültigen Beantwortung der aufgeworfenen Frage auf das bisher gewonnene Ergebnis zurückgegriffen wer-

---

181) Dürig i. Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 124 zu Art. 103 Abs. III GG, der allerdings nur die Rechtssicherheit als hinter Art. 103 Abs. III GG stehenden Wert ansieht, wohingegen hier die Auffassung vertreten wird, daß es primärer Sinn der Vorschrift ist, der materiellen Gerechtigkeit zu dienen, die verletzt wird, wenn der Rechtsbrecher mehrmals bestraft wird. Nur wenn es ausschließlich um das Problem des Verbrauchs der Strafklage geht, tritt der Gedanke der Rechtssicherheit in den Vordergrund.

182) S.a. Holtkotten i. BK, Anm. II 4 b) zu Art. 103 GG, der jedoch den Grundsatz nicht aus Art. 20 Abs. III GG ableitet.

183) BVerfG i. NJW 67, 1652, 1655, unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. III GG; ebs. BDHE 2, 79 f.; 2, 203, und ein Teil der Disziplinarrechtsliteratur.

184) So aber die Rspr. und h.L.; s.o. § 4 I c), Anm. 14 f.

den,[185] da Art. 103 Abs. III GG und das Rechtsstaatsprinzip nach der hier vertretenen Auffassung für den sich überschneidenden Bereich der Rechtsfolgen desselben Rechtssystems identische Aussagen treffen. Danach verstößt eine Doppelbestrafung nach Strafrecht und Disziplinarrecht und nach Ordnungswidrigkeitenrecht und Disziplinarrecht mit Strafen derselben Art, wie Freiheitsentzug und Geldbuße (-strafe), ohne Anrechnung gegen das Rechtsstaatsprinzip.

Hinsichtlich des Freiheitsentzuges hat das Bundesverfassungsgericht[186] diese Auffassung, wenn auch mit anderer Begründung anerkannt; offenbar aber nur, weil hier die Unmöglichkeit einer qualitativen Abgrenzung zwischen Arrest und Freiheitsstrafe im Sinne eines aliud am augenfälligsten ist.[187] Dogmatisch konsequent wäre die Einbeziehung auch der Geldbuße in diese neuere Entwicklung der Rechtsprechung;[188] denn auch sie trifft den Rechtsbrecher in demselben Rechtsgut und mit der gleichen Intensität wie die konkurrierende Geldstrafe, und andererseits enthält auch der Arrest nicht dasselbe ethische Unwerturteil wie die Freiheitsstrafe nach § 18 StGB, da dieses sich nur als zwangsläufige Folge der Verurteilung wegen einer Straftat einstellt. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Entscheidend ist, daß Arrest und Geldbuße unmittelbare spezifisch strafrechtliche Rechtsgutsbeeinträchtigungen enthalten. In ihnen wird nicht der Beamte resp. Soldat getroffen, sondern der Bürger.[189] Besser wäre es allerdings, diese Strafen aus dem Disziplinarrecht gänzlich zu verbannen.

---

185) S.o. §§ 9 f.

186) BVerfG i. NJW 67, 1651, 1653.

187) BVerfG, a.a.O. Auch in Anbetracht des einheitlichen Freiheitsentzuges nach § 18 StGB ist eine Klassifizierung des Arrestes als bloße Disziplinarmaßnahme nicht mehr möglich.

188) Vgl. nunmehr in diesem Sinne BVerfG i. NJW 70, 507 bei Stimmengleichheit.

189) So schon für die Arreststrafe Brand, Das Beamtenrecht, Berlin 1914, S. 699.

Soweit ersichtlich ist bei den bisherigen Reformbestrebungen im Disziplinarrecht, die sich vorwiegend mit Einzelfragen ohne dogmatische Grundlagenforschung befassen, eine Betrachtung der Relation zwischen Dienstvergehen und den verschiedenen Disziplinarmaßnahmen unter Berücksichtigung des Übermaßverbots außer Betracht geblieben. Diese Problematik kann, da am Rande liegend, hier nur gestreift werden.

1. Die verfassungsrechtliche Begründung des Übermaßverbotes:[190]

Die Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit wird teilweise verneint[191] und zum anderen eingeschränkt[192] wie uneingeschränkt bejaht,[193] wobei die Befürworter sich auf Art. 3 Abs. I, 19 Abs. II GG oder das Rechtsstaatsprinzip stützen.[194] Aus dem Verbot einer Ungleichbehandlung läßt sich das Übermaßverbot nicht ableiten;[195] denn auch gleiche Behandlung gleichge-

---

190) Nach Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 21, Oberbegriff zu den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit.

191) Peters, Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern etc., S. 12 f.; ders. i. AöR 83, 481; zweifelnd auch OVG Münster i. DVBl. 54, 651; Bachof, JZ 57, 341.

192) Forsthoff i. Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 234 ff.; Menger, VVDStRL 15, 31; Ballerstedt i. Die Grundrechte III/1, S. 36, 71; Dürig, AöR 81, 146 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 32, 81 zu Art. 2 Abs. I und Rdnr. 18 bb), 40 zu Art. 2 Abs. II GG; Lerche, a.a.O., S. 53 ff. und 340 ff.; BVerfGE 7, 377.

193) BGHSt 4, 376 f.; 4, 392; DÖV 55, 729 ff.; BVerwGE 3, 21, 27; 1, 140, 143; BayVerfGH i. VGH n.F. 9 II 185, 177; E.R. Huber, DÖV 56, 136, 205 f.; Herb. Krüger, DVBl. 50, 628; einschränkend auch Ipsen, AöR 78,314 ff., sowie weitere Nachweise bei Lerche, a.a.O., S. 251, Anm. 360.

194) Über die verschiedenen Begründungsversuche kritisch Lerche, a.a.O., S. 29.

195) So aber insbes. Ipsen, AöR 78, 314.

lagerter Fälle kann die Betroffenen übermäßig hart treffen und nicht erforderlich sein.

Ähnlich verhält es sich mit der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. II GG, deren Grenze noch keineswegs erreicht zu sein braucht, wenn die Einschränkung des Grundrechts schon "übermäßig", weil nicht erforderlich und außer Verhältnis zum Nutzen ist.[196] Beide Vergleichsfälle regeln daher einen anderen Sachverhalt. Aber auch eine formelle Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip scheitert;[197] denn Erforderlichkeit ist ein Annex des Nützlichen,[198] einer an sich formalen Kategorie, deren materieller Gehalt erst durch eine Zielbetrachtung ausgeschöpft wird, und erst hier setzt das Rechtsstaatsprinzip ein.

Willkürverbot, Gerechtigkeit und Priorität der Grundrechte[199] sind aber Prinzipien, die in ihrer Gesamtheit dem Rechtsstaatsprinzip einen zusätzlichen Gehalt geben können.[200] Willkürlich, weil sachlich nicht gerechtfertigt, ist auch das Gesetz, welches die Betroffenen unnötig und übermäßig beschwert, wenn man in diesen Gedanken die Vermutung für die

---

196) Anders aber Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O., und BGHSt 4, 376 f.; 4, 392; DÖV 55, 729 ff., während Dürig, AöR 81, 146 ff., das Übermaßverbot aus Art. 1 Abs. I GG ableiten will; dag. Lerche, a.a.O., S. 255.

197) So aber vor allem BVerfGE 9, 137, 139; 10, 89, 103, 108 f., 117; BayVerfGH i. VGH n.F. 2 II 72, 82; 11 II 23 f., 81, 87; ferner Hamann, DVBl. 58, 410.

198) Vgl. Herb. Krüger, DÖV 56, 554 f.; Lerche, a.a.O., S. 58.

199) Dazu Herb. Krüger, DVBl. 50, 625 ff.; ders. i. DÖV 58, 678; Forsthoff i. Jellinek-Gedächtnisschrift, 1955, S. 221 ff., 235.

200) Lerche, a.a.O., S. 57 f., sieht die "produzierende Kraft" der Rechtsstaatsklausel als Rechtsgrundlage des Übermaßverbots an, die aus der "sinnvariablen Funktion" der Rechtsstaatsklausel gegenüber einer veränderten Umwelt erwächst.

Grundrechte[201] einbezieht. Danach ist eine sachliche Rechtfertigung jedenfalls dann zu verneinen, wenn die Grundrechtseinschränkung zur Erreichung des erklärten Zieles nicht erforderlich ist, womit allerdings über die Zulässigkeit des Zieles noch nichts ausgesagt ist.

Willkür aber ist das Gegenteil von Gerechtigkeit.[202] Auf diese Weise entwickelt das Rechtsstaatsprinzip innerhalb seines materiellen Gehalts, das im Prinzip der Gerechtigkeit ausgedrückt ist, auch einen formalen Sinn, die formale Gerechtigkeit.[203]

---

201) Das heißt, ein Eingriff in Grundrechte ist immer nur insoweit zulässig, als er zur Erreichung eines berechtigten Zieles unbedingt erforderlich ist (s.a. BayVerfGH i. VGH n.F. 2 II 72, 81; 3 II 28, 48; 1 II 64, 76; vgl. auch BVerfGE 6, 55, 81), wenn auch die Kritik Lerches hieran, a.a.O., S. 33 f., zutrifft, daß allein auf den Grundsatz der Vermutung für die individuelle Freiheit das Übermaßverbot nicht gestützt werden kann. Dies vor allem deshalb nicht, weil die individuelle Freiheit bereits immanente Schranken aufweist (Art. 2 Abs. I GG), so daß letztere nicht den Charakter von Ausnahmen tragen; Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 4 zu Art. 2 Abs. I GG.

202) Maunz, Staatsrecht, 14. Aufl., S. 114; BVerfGE 1, 14, Leits. 32; 1, 264; 3, 135 u. 192; v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Bd. I, S. 200 f.; dag. Brinkmann-Hachenbroch, Anm. 3 a) zu Art. 3 Abs. I GG; s.o. § 10 I a).

203) Das ist kein Widerspruch in sich; denn Gerechtigkeit als oberstes Rechtsprinzip verstanden, umfaßt auch formale Kriterien, wenn diese auch letztlich ihr Ziel in der materiellen Gerechtigkeit finden. Insofern kann auch zwischen der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit theoretisch kein Gegensatz bestehen; vgl. dazu Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 58 zu Art. 20 Abs. III GG; ebs. Brinkmann-Hachenbroch, Anm. 2 b) zu Art. 3 Abs. I GG; a.M. Hamann, Grundgesetz, S. 57; BVerfGE 3, 232 f., 237; BGHZ 23, 181; BSGE 9, 204; BVerwGE 18, 267; Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 126 f., 168 f., 170. Brinkmann-Hachenbroch, a.a.O., übersehen jedoch, daß die fehlende Unvereinbarkeit nur eine theoretische ist, und daß bei der Rechtsanwendung innerhalb der Gerechtigkeitserfordernisse gleichwohl formale und materielle Kriterien miteinander in Widerstreit treten können. Ergänzt wird die formale Kategorie der Erforderlichkeit durch eine materielle Zielwertung sowie durch den ebenfalls materiellen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; dazu im einzelnen Lerche, a.a.O., S. 223 ff., 250.

Eine Grenze für eine allzuweit reichende Justitiabilität dieses Grundsatzes, die in ihrer konsequenten Durchführung an den Grundfesten der Gewaltenteilung rütteln[204] würde und darüber hinaus sich auch zu einem Hemmschuh für den verfassungspraktischen Fortschritt entwickeln könnte, bildet jedoch das sog. gesetzgeberische Ermessen.[205]

Dem Gesetzgeber muß ein gewisser Beurteilungsspielraum zustehen, welche Rechtsfolge er zur Regelung eines bestimmten Sachverhalts noch als angemessen und erforderlich ansieht. Tatsächlich hat sich in der Rechtsprechung nunmehr eine differenzierende Tendenz durchgesetz, die parallele Erwägungen zum Beurteilungsspielraum anstellen,[206] wobei allerdings zu beachten ist, daß der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers aus dessen verfassungsrechtlicher Stellung heraus als zentrales Organ des Verfassungsrechts weiter ist, als derjenige der gesetzesanwendenden Verwaltung. Seine Grenze liegt also zwischen diesem und dem allgemeinen Willkürverbot.[207]

Eine völlige Bindungslosigkeit des Gesetzgebers läßt sich jedenfalls mit dem Hinweis darauf verneinen, daß auch der Gesetzgeber Recht anwendet, nämlich die Verfassung. Alles einfache gesetzte Recht ist Verfassungsvollzug. Daher ist die Unzulässigkeitsgrenze je nach Charakter des Rechtssatzes

---

204) Vgl. BVerfGE 9, 337, zur Prüfung des Art. 3 Abs. I GG; anders offenbar BVerfGE 7, 411 ff., zum Übermaßverbot.

205) Zur gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 69 u. 117 ff. zu Art. 20 Abs. III GG, und BVerfGE 7, 400; 9, 302; 11, 50.

206) Vgl. die umfassenden Nachweise bei Lerche, a.a.O., S. 331 ff.

207) Während der Unbestimmtheitsgrad des Grundsatzes der Erforderlichkeit nur einen geringen Beurteilungsspielraum zuläßt, kann man hinsichtlich des Grades der Bestimmbarkeit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit dem des Willkürverbotes vergleichen, dürfen doch auch im letzten Fall nur sachlich angemessene Differenzierungen vorgenommen werden; s.a. Scheuner, VVDStRL 11, 65.

variable. Weiterhin kann man von einem gesetzgeberischen Ermessensspielraum überhaupt nur sprechen, wenn das betreffende Gesetz eine Zweck-Mittel-Relation enthält.[208] Dies ist bei den Strafdrohungen des Disziplinarrechts der Fall.

2. Versuch einer Beantwortung der aufgeworfenen Frage:

Solange noch kein hinreichend bestimmtes Kriterium in der Verfassungsrechtsprechung entwickelt ist, so ließe sich mit Recht argumentieren, ist das Institut des Übermaßverbots verfassungsrechtlich als Bindungsnorm für den Gesetzgeber nicht existent. Es soll dennoch Stellung genommen werden.

Ein Ermessensmißbrauch des Gesetzgebers liegt sicherlich vor, wenn das Gesetz in seiner realen Erscheinungsform[209] erkennen läßt, daß der Gesetzgeber sachfremde Erwägungen über Maß und Ziel des Gesetzes angestellt hat oder wenn er verfassungsrechtlich verbotene Mittel anwendet oder ein von der Rechtsordnung mißbilligtes Ziel anstrebt.

Zweifelhaft kann hier nur der letztgenannte Gesichtspunkt sein, wenn man einen wesensbestimmenden Edukationseffekt der Disziplinarmaßnahme als verfassungsrechtlich nicht zulässig verwirft.[210] Jedoch wären andere, ebenfalls angestrebte, Ziele, wie die Aufrechterhaltung einer internen Ord-

---

208) Nicht dagegen ist erforderlich, daß ein sog. Maßnahmegesetz im eigentlichen Sinne, also ein Verwaltungsakt in Gesetzesform, vorliegen muß; denn eine Zweck-Mittel-Relation ist auch dann gegeben, wenn generell und abstrakt auf eine Tatbestandsverwirklichung eine Rechtsfolge angedroht ist, die den status negativus des Bürgers berührt; kritisch zum Begriff des Maßnahmegesetzes auch Maunz-Dürig-Herzog, Rdnr. 107 zu Art. 20 Abs. III GG; H. Schneider i. Festschrift für Carl Schmitt, 1959, S. 162; Zeidler, JZ 60, 392; für Geltung des gesetzgeberischen Ermessens allgemein auch Scheuner i. Festschrift für Smend, S. 194 f., 300; Lerche i. Staatslexikon, S. 14 f.; a.M. Forsthoff i. Gedenkschrift für W. Jellinek, S. 234 f.; Menger i. VVDStRL 15, 31.

209) Ermessensfehler des Gesetzgebers müssen sich unmittelbar im Gesetz niederschlagen; BVerfGE 2, 281; 4, 155.

210) S.o. § 7 II b).

nung sowie die Durchsetzung von Rechtspflichten und der Reinigungseffekt als Ziel der Regelung zulässig und ausreichend.

Was die eigentliche Zweck-Mittel-Relation betrifft, so kann man hier wiederum nur mit allgemein gehaltenen Formulierungen aushelfen. Wenn das Bundesverfassungsgericht sich schon bei dem relativ bestimmbaren Gleichheitssatz nur das Willkürverbot berücksichtigen will, so wird man bei dem wesentlich unbestimmteren und nur schwer zu bestimmbaren Übermaßverbot,[211] das zudem im Grundgesetz noch nicht einmal eine definitive Regelung erfahren hat, hierüber nicht hinausgehen können, jedenfalls, was die legislatorische Bindung betrifft.

Zu denken wäre etwa an eine ähnliche Formulierung wie bei Art. 3 Abs. I GG. hiernach läge eine Ermessensüberschreitung des Gesetzgebers nur dann vor, wenn der mit einem Gesetz verbundene Nachteil für den Einzelnen unter Berücksichtigung aller damit verbundenen öffentlichen Vorteile diese in

---

211) Obwohl theoretisch nur eines von mehreren zur Verfügung stehenden geeigneten Mitteln erforderlich sein kann, gilt auch für den Grundsatz der Erforderlichkeit ein Beurteilungsspielraum, sofern auf außerrechtliche Kriterien abgestellt wird. Dieser Gesichtspunkt vermag auch schon im Verwaltungsrecht einen Beurteilungsspielraum der Behörde zu rechtfertigen; Jesch, AöR 57, 163 ff., begreift im Anschluß an Heck, AcP 112, 173, den unbestimmten Rechtsbegriff als Typbegriff mit Aufspaltung in einen festen Begriffskern und einen diffusen Begriffshof; vgl. ferner dazu Bachof, JZ 62, 70, der den zutreffenden Begriff des Beurteilungsspielraums geprägt hat; a.M. u.a. Rupp, Grundlagen der heutigen Verwaltungslehre, 1965, S. 177 ff., und Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 85; wohingegen die Rspr. den Einwand der Rechtswegverkürzung vorbringt; vgl. BVerfGE 15, 282; BVerwGE 2, 175; DÖV 65, 633. Bei fachlichen Entscheidungen läßt jedoch auch die Rspr. einen Beurteilungsspielraum zu; BVerwGE 11, 139; 15, 39; JZ 58, 285; DVBl. 66, 860 ff.; wie hier Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 167, und Fellner, DVBl. 66, 161 ff.

einem Maß übersteigt,[212] der den Verdacht eines Unrechtsstaates[213] aufkommen läßt, oder wenn eine gesetzliche Rechtsfolge für jeden Einsichtigen offenbar[214] als nicht erforderlich erscheint und andere ausreichende Mittel auf der Hand liegen.

Beide Voraussetzungen erscheinen schon deshalb nicht als gegeben, weil das bisherige Disziplinarrecht eine jahrhundertealte Tradition hat, ohne daß allerdings dieses Argument zwingend sein muß. Die erste Voraussetzung ist aber jedenfalls insofern nicht erfüllt, als das öffentliche Interesse an der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung höher zu bewerten ist als der Nachteil von verhältnismäßig geringen Geldbußen für den einzelnen Beamten.

Problematischer ist der Grundsatz der Erforderlichkeit, da hier vertreten wurde, Geldbußen[215] seien wohl nicht erforderlich.[216] Dieser Grad der mangelnden Erforderlichkeit ist aber nicht so hoch, daß davon jeder Einsichtige überzeugt

---

212) Es gilt der Proportionalitätsbegriff des § 228 S. 1 BBG, nicht der des § 904 S. 1 BBG.

213) Das Typische an einem Unrechtsstaat ist der Satz, daß der Staatszweck, dessen authentische Interpretation denjenigen obliegt, die die Macht in Händen halten, jedes Mittel heiligt. "Im Falle der Rechtlosigkeit wird der Rechtswert durch den Staatszweck ersetzt." Die Folge davon ist Willkür, deren andere Form neben der Verletzung des Gleichheitssatzes das "Übermäßige" ist; Herb. Krüger, Allg. Staatslehre, S. 729.

214) Gegen das Merkmal der Offenkundigkeit in diesem Zusammenhang Lerche, a.a.O., S. 345, der unter Anwendung des Gesetzes von der "funktionalen Beziehung von Problemstellung und Problemlösung" die Kontrollmöglichkeit auf "grobe Mißstände" einschränken will; Lerche, a.a.O., S. 348.

215) Um die übrigen Disziplinarstrafen im Beamtenrecht kann es nach der Abschaffung der sogenannten Zwischenstrafen außerhalb des Erziehungsgedankens nicht mehr gehen.

216) S.o. § 9 I b) 2.

sein müßte. Der Grundsatz des Übermaßverbots vermag daher in seiner vollen Tragweite keinen Beitrag zur Reform des Disziplinarrechts zu geben.

III. Disziplinarbestrafung und Richtervorbehalt

Art. 92 S. 1 GG enthält einen Rechtsprechungsvorbehalt zugunsten der Richter und damit zugleich auch ein Verbot an alle anderen staatlichen Organe, "rechtsprechende Gewalt" auszuüben.[217] Aus diesem, im Gesetz verwendeten, Begriff heraus läßt sich die Bestimmung als Konkretisierung des in Art. 20 Abs. III GG nicht definitiv genannten Gewaltenteilungsprinzips interpretieren. Problematisch ist im Rahmen einer anzustrebenden grundsätzlichen Disziplinarrechtsreform, ob die Verwaltungsbehörden in ihren Disziplinarverfügungen rechtsprechende Gewalt ausüben.

a) Negative und funktionale Abgrenzungskriterien

Den Begriff der Rechtsprechung negativ im Wege der Abstraktion aus der Gewaltentrennung zu gewinnen, ist theoretisch möglich, jedoch unpraktikabel, da man die Definitionsschwierigkeiten lediglich auf einen anderen Begriff verlagert. Darüber hinaus würde eine solche Methode die eigene Sinnhaftigkeit der Rechtsprechungstätigkeit verkennen.

Ebenso unbrauchbar ist es, einen funktionalen Rechtsprechungsbegriff zu wählen, der alle Tätigkeiten der Gerichte umfaßt, also auch verwaltende im Rahmen der Geschäftsverteilung. Diese will Art. 92 S. 1 GG aber sicherlich nicht den

---

217) Holtkotten i. BK, Anm. II 1 c) zu Art. 92 GG; allg. Meinung.

Richtern vorbehalten, da sie gerade das Gewaltenteilungsprinzip durchbrechen.[218]

Als brauchbar können sich daher nur positiv formulierte, materielle und organisatorische Kriterien erweisen.

b) Der materielle Rechtsprechungsbegriff

Rechtsprechung ist Rechtsanwendung und steht damit wie die Verwaltung im Gegensatz zur Rechtsetzung, der Legislative. Die Schwierigkeit einer materiellen Erfassung der Judikative liegt daher in einer Disjunktion von der Exekutive.

Soziologisch betrachtet ist Verwaltung zweckgerichtete, in die Zukunft weisende und gestaltende Tätigkeit, während Rechtsprechung im wesentlichen vergangenheitsbezogen ist.[219] Allerdings fällen die Gerichte auch rechtsgestaltende Entscheidungen (z.B. in Ehesachen) und erlassen die Behörden auch streitentscheidende Verwaltungsakte.[220] Eher ließe sich argumentieren, Rechtsprechung sei bloße Entscheidung über Rechtsfragen, demgegenüber ziele die Verwaltung immer zugleich auf tatsächliche Wirkungen in der Außenwelt ab.[221]

Diese soziologischen Kriterien können jedoch keine klaren Argumente für eine rechtlich aufzufassende Gewaltenteilung geben, da sie nur grundsätzlicher und beschreibender Art

---

218) Andererseits will Art. 92 GG auch nicht die rechtsprechenden Organe auf Kompetenzen "ihrer Gewalt" beschränken, da sonst die Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht mehr von den Gerichten wahrgenommen werden könnten; Holtkotten, a.a.O., Anm. II 3 d). Art. 92 GG will garantieren, nicht limitieren.

219) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 2 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 8 ff.

220) Dazu Forsthoff, a.a.O., S. 204, und Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 311, jeweils mit weiteren Nachweisen.

221) Das bedeutet jedoch nicht, daß die Verwaltung dem Recht nicht ebenso unterworfen ist wie die Rechtsprechung; Forsthoff, a.a.O., S. 3.

sind. So ist auch die Entlassung eines Beamten auf Widerruf ein Verwaltungsakt, während die Entfernung aus dem Dienst bei einem Beamten auf Lebenszeit nur durch Urteil möglich ist.[222]

Auch das rechtliche Kriterium der Streitentscheidung ist nicht ausreichend, da einerseits die Entscheidungen im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die keine Streiterledigungen beinhalten, dennoch der Rechtsprechung zugeordnet werden,[223] wie auch Gerichte als Vollstreckungsorgane nicht streitentscheidend tätig werden können.[224] Andererseits gibt es auch streitentscheidende Verwaltungsakte.[225]

Schließlich ist die Eigenschaft des Rechtsprechenden als unbeteiligter Dritter zwar notwendiges, aber kein hinreichendes Kriterium, wie das letzte Beispiel zeigt. Dennoch wird überwiegend der Rechtsprechungsbegriff materiell definiert.[226]

---

222) §§ 6 Abs. III Nr. 1 u. 3 i.V.m. 28 ff. BBG, die die Entlassungsgründe außerhalb des Disziplinarverfahrens erschöpfend regeln; ebs. §§ 21 Abs. I Nr. 1 u. 3, 23 BRRG.

223) Vgl. Jansen, Rdnr. 6 zu § 1 FGG; BVerfGE 22, 49, 76, und Baur, DNotZ 55, 507, 519; ders. i. JurJb. Bd. 3, 50 ff., 66.

224) Vgl. §§ 828, 887, 888, 867 ZPO.

225) S.o. Anm. 220.

226) So Friesenhahn i. Festschrift für Thoma, 1950, S. 27; Ule, JZ 58, 629, Bettermann, AöR 92, 507 ff.; v. Mangoldt-Klein, Anm. 3 a) vor Art. 92 GG; Niese, ZStrW 70, 352; Rumpf i. VVDStRL 14, 149; Bachof, ebd.,S.178, und Holtkotten i. BK, Anm. II 1 b) zu Art. 92 GG. Das BVerfG geht von einem materiellen Rechtsprechungsbegriff insofern zutreffend aus, als es in Art. 92 GG eine materielle Zuweisungsfunktion erblickt, also nicht auf die Zuweisungen des einfachen Gesetzgebers abstellt; BVerfGE 22, 49. Inhaltlich gewinnt das BVerfG die Kriterien durch eine Interpretation des Art. 92 GG aus dem Sinnzusammenhang mit dem historisch überlieferten Rechtsprechungsbegriff, der identisch ist mit dem Kernbereich desjenigen, was schon immer in den Zuständigkeitsbereich der Rechtsprechung gehörte; BVerfGE 22, 76 ff.

c) Der materiell-funktionelle Rechtsprechungsbegriff

Das Wesen der Rechtsprechung liegt darin, daß durch ein an der Rechtsfrage unbeteiligtes Organ verbindlich festgestellt wird, was rechtens ist.[227] Das allein würde aber bedeuten, daß vor jeden Rechtsspruch beliebig ein Verwaltungsverfahren vorgeschaltet werden könnte. Dem steht jedoch Art. 19 Abs. IV GG entgegen, wenn dadurch die Rechtsprechung in ihrer Effektivität behindert wird.

Rechtsprechung als letztverbindliche Entscheidung kann daher nur im Zusammenhang mit der Rechtsweggarantie verstanden und interpretiert werden. Da dem Beamten gemäß § 31 Abs. II BDO der Rechtsweg weder abgeschnitten noch wesentlich erschwert wird (vgl. auch §§ 68 ff. VwGO), übt der Dienstvorgesetzte durch seine Disziplinarverfügung in diesem Sinne keine rechtsprechende Gewalt aus.

d) Der organisatorische Rechtsprechungsbegriff

Durch den Vorbehalt der rechtsprechenden Gewalt zugunsten der Richter wird in Art. 92 S. 1 GG auch der organisatorische Rechtsprechungsbegriff angesprochen. Charakteristika hierfür sind unstreitig persönliche und sachliche Unabhängigkeit, keine unmittelbare Beteiligung und Inkompatibilität zwischen Richteramt, Verwaltungsamt und Mandatsträger-

227) So auch Bender, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungsstrafverfahrens nach der Abgabenordnung, 1969, S. 18 ff. Diesen Rechtsprechungsbegriff kann man als den materiell-funktionalen bezeichnen; so Schmidt-Bleibtreu-Klein, Rdnr. 2 zu Art. 92 GG, dessen Kritik hieran fehl geht.

schaft.[228] Alle Voraussetzungen treffen für die Bundesdisziplinargerichte und die Disziplinarsenate des Bundesverwaltungsgerichts zu,[229] nicht aber für das die Disziplinarverfügung gemäß § 29 BDO erlassende Organ (vgl. für die Dienstvorgesetzten § 55 BBG; die oberste Dienstbehörde ist zwar nicht weisungsgebunden, entscheidet aber in eigener Sache).

Zusammenfassend ist Art. 92 S. 1 GG in einer geistigen Synthese von materiellen, funktionalen und organisatorischen Elementen auszulegen, wobei das Schwergewicht beim organisatorischen Moment liegt, da dieses Kriterium in Verbindung mit dem Argument der letztverbindlichen Entscheidung und der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. IV GG eine klare Abgrenzung erlaubt. Alle genannten Kriterien sind auf die Disziplinarverfügung nicht anwendbar, ein Verstoß gegen Art. 92 S. 1 GG kann daher nicht bejaht werden.

---

228) Leibholz-Rinck, vor Art. 92 GG; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Rdnr. 4 zu Art. 92 GG; BVerfGE 3, 381; 4, 74 ff., 346; 14, 69; 18, 255 f. Um einen brauchbaren Rechtsprechungsbegriff zu gewinnen, eignet sich der Begriff des Richters in Art. 92 GG, von dem auf die Rechtsprechung als seine spezifische Funktion geschlossen werden kann. Der Rechtsprechungsbegriff setzt sich daher aus materiellen, funktionalen und organisatorischen Elementen zusammen, wobei das Merkmal der letztverbindlichen Entscheidung die materielle Rechtsprechungstätigkeit des Richters von seinen anderen Funktionen abhebt.

229) Vgl. §§ 41 ff., 55 BDO.

THESEN

1. Es ist das allgemein anerkannte Ziel der Disziplinarrechtsreform, das Disziplinarrecht zu entkriminalisieren.

   Erst mit einer dogmatisch klaren Trennung des Disziplinarrechts vom Strafrecht wird es auch gelingen, das Problem der Doppelbestrafung straf- und disziplinarrechtlicher Vorgänge befriedigend zu lösen.

   Die bisherigen Reformbestrebungen haben dieses Ziel noch nicht zu erreichen vermocht, da sie einerseits den vom Gesetzgeber manipulierbaren Zweck der Disziplinarmaßnahmen zur dogmatischen Klärung des Phänomens Disziplinarrecht überbetonend, die natürliche Wirkung der Geldbuße als Strafe im weiteren Sinne außer acht gelassen haben.

   Auch die bisher herrschend angenommene Relation der Dienstpflichtverletzung zur Berufsethik steht einer Entkriminalisierung entgegen.

2. Die Anfänge eines echten Disziplinarrechts reichen bis in die Zeit Kaiser Konstantins zurück und sind kirchenrechtlicher Entstehungsart.

   Es ist bereits zu jener Zeit Instrument zur Durchsetzung besonderer Pflichten, also "Pflichtenmahnung" im heutigen Sinne. Daß es daneben auch seinem inneren Wesen gemäß Machtinstrument ist, kann zwingend historisch nicht belegt werden.

   Die fehlende Sonderstellung des Beamten, die für die Römische Republik eigentümlich war, ist auf die Verhältnisse des heutigen pluralistischen und hochtechnisierten Massen- und Verwaltungsstaats nicht transponierbar.

   Das Disziplinarrecht rechtfertigt sich als Institut, wenn auch nicht als Pflichtenmahnung, so doch allgemein als Regelung eines konkreten Sonderrechtsverhältnisses nach einer begangenen Pflichtverletzung.

3. Dogmatisch wurzelt das Disziplinarrecht in den Amtsverbrechen des gemeinen Rechts.

   Von Anfang an sind ihm die Momente einer besonderen Gewaltunterworfenheit und die Sanktion der Strafe eigentümlich.

4. Als Folge der sich wissenschaftlich-kritisch mit dem Wesen der Strafe auseinandersetzenden Lehre macht sich am Anfang des 19. Jahrhunderts eine Entkriminalisierungstendenz im Disziplinarrecht bemerkbar, ausgehend vom Zweck des Strafrechts.

   Diese Zwecktheorien haben sich mit den unterschiedlichsten Ergebnissen bis in die Gegenwart fortgesetzt, obwohl offenbar der Zweck allein kein hinreichendes Abgrenzungskriterium ist, die teleologische Methode muß ihre Ergänzung in einer phänomenologischen Betrachtung finden.

5. Die herschend angenommene Aufteilung des Beamten als "duplex persona" in integrierter Bestandteil des Staates und Staatsbürger ist nicht geeignet, die Identität der Person im Sinne der Art. 1o3 Abs. III GG aufzuheben.

   Sie ist auch mit der gleichfalls von der herrschenden Meinung behaupteten Erziehungsfunktion des Disziplinarrechts unvereinbar; denn Erziehung wirkt als versuchte finale Motivationssteuerung auf den prinzipiell unteilbaren innersten Bereich der Individualpersönlichkeit ein.

   Die Identität der Tat wird durch die Grundsätze der Einheit des Dienstvergehens und der Gesamtwürdigung nicht beseitigt, da beide Prinzipien das Konkurrenzproblem ansprechen, also die Rechtsfolgenfestsetzung betreffen. Jede andere Interpretation ist mit §§ 45 Abs. I S. 1 BRRG, 77 Abs. I S. 1 BBG unvereinbar, wonach jede Dienstpflichtverletzung ein Dienstvergehen darstellt.

6. Die Einführung des Begriffs der "Berufserforderlichkeit in die Disziplinargesetzgebung ist nur der erste Reformschritt.

Offengelassen sind nach wie vor Wesen und Zweck des Disziplinarrechts. Daher ist die entscheidende Frage, ob das Disziplinarrecht nur der Aufrechterhaltung der internen Ordnung einschließlich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Verwaltung dient, oder ob ihm auch eine entscheidende staatspolitische Position zukommt. Entsprechend ist das Disziplinarrecht auszugestalten.

Nur das erste Interesse wird unmittelbar bei allen denkbaren Dienstpflichtverletzungen tangiert.

7. Strafe im weiteren Sinne als zusätzliche Übelzufügung ist typische Repressalie und Druckmittel in einem Unterwerfungsverhältnis.

Die Über-Unterordnung im Beamtenverhältnis sollte in den Hintergrund treten zugunsten einer stärkeren Betonung des Amtes.

Nur in der gesetzestreuen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben kann heute noch das Berufsbeamtentum seine Rechtfertigung finden, weniger in der weisungsabhängigen Aufgabenerfüllung als Ausdruck eines Dienst- und Treueverhältnisses; denn diese Momente hat das Beamtenrecht mit dem Arbeitsrecht gemein.

8. Das Berufsbeamtentum rekrutiert sich bereits seit Anfang dieses Jahrhunderts vorwiegend aus mittleren sozialen Schichten.

Das Ansehen des höheren Beamtentums wird weniger durch den Status des Berufsbeamten bestimmt, als vielmehr durch den akademischen Habitus. Diesen hat der Beamte des höheren Dienstes mit anderen vergleichbaren Berufsgruppen gemein.

Er ist schon deshalb heute weder geistiges noch sittliches Vorbild.

9. Der Berufsbeamte ist auch nicht Repräsentant des Staates. Dagegen kommt ihm wohl eine integrative Funktion zu. Diese

ist jedoch nur Institutionszweck, gesetzgeberische Intention auf Verfassungsebene, und berührt das konkrete Beamtenverhältnis nach innen kaum.

Darüber hinaus eignet sich die Integrationswirkung als ratio des Disziplinarrechts wenig, da sie bereits Bestandteil des komplexen Rechtsgutsbegriffes bei den Amtsdelikten des Strafgesetzbuches ist.

10. Das materielle Disziplinarrecht ist untrennbarer Bestandteil des Beamtenrechts.

Strukturveränderungen im öffentlichen Dienst und Aufgabenverschiebungen in der Staatsverwaltung beseitigen nicht die Existenzberechtigung des Berufsbeamtentums.

Die Beseitigung des Berufsbeamtentums würde nur zu einer intermediären Gewaltenhäufung zu Lasten des Staates und des Bürgers führen.

Der Amtswalter und mit ihm der Staat könnten zum Spielball von Interessengruppen werden. Das latente Gleichgewicht zwischen Integration und auseinanderstrebendem Pluralismus wäre empfindlich gestört.

Von einer Beseitigung des Berufsbeamtentums wäre allerdings das Disziplinarrecht als Institut nicht betroffen, auch dann nicht, wenn man das Berufsbeamtentum als Funktionselite betrachtet; denn Eliten entstehen durch freiwillige Unterordnung unter ein als notwendig oder nützlich erkanntes, gemeinsam zu verfolgendes, hochwertiges Ziel, nicht durch Zwang.

11. Vom Strafrecht unterscheidet sich das Disziplinarrecht auf der Tatbestandsseite nicht durch das Fehlen eines sozialethischen Bezuges.

In diesem Punkt ist die herrschende Lehre, die das Gegenteil annimmt, in sich nicht schlüssig; denn Berufsethik ist ein wesentlicher Teil der Sozialethik.

Die Disjunktion hat vielmehr beim Zentralbegriff des

Strafrechts, dem Rechtsgut, einzusetzen. Dieser fehlt dem Disziplinarrecht.

Auf der Rechtsfolgenseite ist die herrschende Gegenüberstellung von Sühne- und Präventionsgedanke nicht geeignet, eine klare Trennung herbeizuführen.

Weder läßt sich ein Erziehungsrecht des Dienstherrn über seine Beamten verfassungsrechtlich halten, noch kann man der bisherigen Auffassung von den Disziplinarmaßnahmen einen Sühnecharakter absprechen (siehe Geldbuße), noch ist das Strafrecht frei von Präventionszwecken.

Eine Lösung ist nur erfolgversprechend, wenn die Disziplinarmaßnahme zur echten Regelung wird und ihren Charakter als Strafe im weiteren Sinne ablegt.

12. Das Disziplinarrecht steht in unmittelbarer dogmatischer Nähe zum Ordnungswidrigkeitenrecht.

Mit diesem Rechtsgebiet verbindet es der gemeinsame Zweck, die Ahndung von Störungen der Verwaltungstätigkeit.

Unterschiede bestehen in der Person des Störers, hier "intraneus", dort "extraneus", woraus zwangsläufig ein Unterschied in den Rechtsfolgen erwächst. Während sich im Disziplinarrecht die Beseitigung der Störung durch Regelung eines konkreten Sonderrechtsverhältnisses anbietet, muß sich das Ordnungswidrigkeitenrecht auf die Strafe im weiteren Sinne als Rechtsfolge stützen.

13. Mit der sog. Betriebsjustiz verbindet das Beamtendisziplinarrecht der gemeinsame Begriff der Disziplin, ein selbstgewähltes, freiwilliges Einfügen in eine durch den jeweiligen Betriebs- (Institutionszweck) geforderte Ordnung, aus der Verhaltenspflichten erwachsen.

Während aber Betriebsbußen ihrem Sinn entsprechend im Interesse des Betriebsfriedens zu einer faktischen Verkürzung der staatlichen Rechtspflege führen, stehen Disziplinar- und Strafrecht unabhängig nebeneinander mit der sich hieraus ergebenden Problematik.

Da die Betriebsjustiz - wenn auch auf andere Weise - ebenfalls nicht unbedenklich ist, kann es für die Disziplinarrechtsreform nur insoweit Denkmodell sein, als es hilft, die soziologische Kategorie der Disziplin zu erklären.

14. Mit einer streng verwaltungsrechtlichen Auffassung vom Wesen des Disziplinarrechts, die die Disziplinarmaßnahme als echte Regelung eines Sonderrechtsverhältnisses durch Statusveränderung begreift, sind die Elemente Geldbuße und Erziehungseffekt unvereinbar.

Zudem kann die herrschende Meinung die typische Regelungsmaßnahme der Entfernung aus dem Dienst mit dem Erziehungsgedanken nicht erklären. Sie nimmt insoweit Zuflucht zum Prinzip der reinigenden Disziplin, erkennt aber dabei nicht, daß es sich hier um zwei verschiedene Kategorien von Rechtsfolgen handelt.

15. Auf verfahrensrechtlichem Gebiet ist notwendige Konsequenz der dargestellten Reformauffassung die vollständige Integration des Disziplinarverfahrens, das sich dann als ein unselbständiger Annex des Beamtenrechts darstellt, in das Verwaltungsgerichtsverfahren unter Inkorporation in die Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Bereinigung gerichtsorganisatorischer Fragen durch Beseitigung der Selbständigkeit der Disziplinargerichte, wie sie über das Neuordnungsgesetz aus dem Jahre 1967 hinaus im Schrifttum gefordert wird, ist ohne Gleichklang mit verfahrens- und materiellrechtlichen Reformen in sich unverständlich und nur aus prozeßökonomischen Gründen erklärbar.

16. Die dargestellte Auffassung ist mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. V GG vereinbar. Diese fordern nicht ein bestimmtes Disziplinarrecht, sondern nur die Existenz von Normen, die der Durchsetzung beamtenrechtlicher Grundsätze, die sich in konkreten Pflichten niederschlagen, zur Durchsetzung verhelfen.

17. Die Doppelbestrafung des Beamten nach Disziplinar-, Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht verstößt weder gegen das Willkürverbot noch gegen das Prinzip der Chancengleichheit in Art. 3 Abs. I GG, da eine noch zulässige Ausübung des gesetzgeberischen Ermessens vorliegt.

18. Das Rechtsstaatsprinzip ist notwendigerweise ebenfalls verletzt, wenn man einen Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung in Art. 103 Abs. III GG annimmt, wie hier geschehen. Art. 103 Abs. III GG ist lediglich eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips in einem bestimmten Ausschnitt.

    Unabhängig vom Problem der Doppelbestrafung verstößt das bisherige Disziplinarrecht nicht gegen das Übermaßverbot. Auch hier liegt eine noch zulässige Ausübung des gesetzgeberischen Ermessens vor.

19. Art. 92 1. Hlbs. GG ist nicht verletzt.
    Maßgeblich ist die Letztverbindlichkeit der Entscheidung durch Disziplinargerichte, die den Erfordernissen sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit des Richters genügen.

    Eine "klassische Rechtsangelegenheit", die ausschließlich durch Gerichte wahrzunehmen ist, liegt nicht vor.

LITERATURVERZEICHNIS

Achterberg, N.	Evidenz als Rechtsbegriff, DÖV 63, 331 ff.
Adams, J.	Die strukturellen Veränderungen im öffentlichen Dienst und die Wandlung des Berufsbildes der Verwaltungsangehörigen, BayBZ 65, 181 ff.
Anschütz, G.	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., 4. Bearb., Berlin 1932
Anschütz, G.	Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, Leipzig 1903
Allfeld, Ph.	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Leipzig 1934
Arndt, H.	Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand, DÖV 68, S. 39 f.
Arndt, H.	Der Zweck der Disziplinarstrafe, DÖV 66, 809 f.
Arndt, A.	Umwelt und Recht, NJW 65, 26 ff.
Bachof, O.	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, 37 ff.
Bachof, O.	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 57, 334 ff.
Bachof, O.	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 62, 701 ff.
Bachof, O.	Nachwort 2. Aufsatz von Bettermann, AöR 86, 186 ff.
Bachof, O.	Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, Festschrift für Laforet, W., München 1952
Badura, P.	Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 64, 337 ff.
Baldus	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtsreform, Bd. I, S.252 ff.
Bank, B.	Beamtenautorität und Beamtengehorsam. Zur Einschränkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis, ZBR 63, 227 f.
Bank, B.	Beamtenethos und Beamtenehre, ZBR 58, 153 ff.

Bauer, F.	Politischer Streik und Strafrecht, JZ 53, 64[illegible] ff.
Baumann, G.	Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., München 1970
Baumann, G.	Der Lichtblick im Disziplinarrecht, JZ 67, 657 f.
Baumann, G.	Kritische Gedanken zur Disziplinarstrafe, JZ 64, 612 f.
Baumann, G.	Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bielefeld 1968
Baumann, G.	Zum Entwurf eines StGB, MDR 63, 802 ff.
Baur, Fr.	Betriebsjustiz, JZ 65, 163 ff.
Baur, Fr.	Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 55, 507 ff.
Baur, Fr.	Der gegenwärtige Stand der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JJb. Bd. 3, 50 ff.
Bar, L.v.	Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, Berlin 1882
Behnke, K.	Ansprache des Präsidenten des Bundes-Disziplinarhofs, DVBl. 53, 390 f.
Behnke, K.	Bundesdisziplinarordnung, 1. Aufl., Stuttgart 1954, 2. Aufl., Stuttgart 1970
Behnke, K.	Disziplinarrecht und Strafrecht - Zur Reform des Disziplinarrechts, ZBR 63, 257 f.
Bender, B.	Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungsstrafverfahrens nach der Abgabenordnung, Bonn 1963
Bender, B.	Zur organisationsrechtlichen Seite der Reform der Bundesdisziplinargerichtsbarkeit, DÖV 67, 181 f.
Berner, A.	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1898
Bernhardt, W.	Zur dienststrafrechtlichen Relevanz des Ehebruchs, FamRZ 61, 338 ff.
Bettermann, K.A.	Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92, 496 ff.

Bettermann-Nipperdey	Die Grundrechte, Bd. IV/2, Berlin 1962
Bettermann-Nipperdey-Scheuner	Die Grundrechte, Bd. III/1, Berlin 1958
Bettiol, G.	Das Problem des Rechtsgutes in der Gegenwart, ZStR 72 (1960), 276 ff.
Binding, K.	Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885
Binding, K.	Grundriß des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1907
Binding, K.	Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. III, Leipzig 1901
Bluntschli-Brater	Deutsches Staats-Wörterbuch, 10 Bde., Stuttgart 1876
Bochalli, A.	Bundesbeamtengesetz, 2. Aufl., Berlin und München 1958
Bockelmann, P.	Literaturbericht, Strafrecht - Besonderer Teil, ZStrW 66 (1954), 111 ff.
Bockelmann, P.	Literaturbericht, Strafrecht - Besonderer Teil, ZStrW 70 (1958), 632 ff.
Bockelmann, P.	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. I, S. 243 ff.
Bockelmann, P.	Artikel "Strafe" i. Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart 1966
Böckenförde, E.W.	Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964
Bonner Kommentar zum Grundgesetz	Zweitbearbeitung (Losebl.), Hamburg 1950 ff.
Borch, v. H.	Obrigkeit und Widerstand, Tübingen 1954
Bornhak, C.	Preußische Staats- und Rechtsgeschichte, Berlin 1903
Bornhak, C.	Preußisches Staatsrecht, Bd. II, Breslau 1912
Brand, A.	Das Beamtenrecht, Berlin 1914, 2. Aufl. 1926
Brand, A.	Die Reichsbeamtengesetze, Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1929

Brand, A.	Die Reichsdienststrafordnung, Berlin 1941
Brinkmann-Hachenbroch	Grundrechtskommentar zum Grundgesetz, Losebl., Bonn 1967 ff.
Brohm, W.	Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DÖV 64, 238 f.
Brunner - v. Schwerin	Deutsche Rechtsgeschichte, 2 Bde., Nachdruck der 2. Aufl., Berlin 1958
Claussen, H.R.	Einheitliche Ausübung der Disziplinargewalt, ZBR 65, 2[illegible] f.
Claussen - Jansen	Bundesdisziplinarordnung, Kommentar, Köln-Berlin-Bonn-München 1968
Cordier, Fr.	Inhalt und Tragweite des Begriffs "rechtsprechende Gewalt", NJW 67, 2141 ff.
Dahm, G.	Deutsches Recht, Stuttgart 1951
Dalcke - Fuhrmann - Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., Berlin 1961
Dau, K.	Das Opportunitätsprinzip im Disziplinarrecht, ZBR 66, 331 f.
Dau, K.	Der Begriff des Dienstvergehens und sein Verhältnis zum Straftatbestand, DVBl. 68, 62 f.
Dernedde	Neuerungen im Bundesdisziplinarrecht, DVBl. 52, 709 ff.
Dicke, D.Chr.	Zur Problematik des untauglichen Versuchs, JuS 68, 157 ff.
Dickertmann, H.	Die Anwendung des Beamtendisziplinarrechts aus sozialstaatlicher Sicht, ZBR 70, 105 ff.
Dickertmann, H.	Die wichtigsten Neuerungen im Bundesdisziplinarrecht, JR 67, 361 f.
Diederichsen, U.	Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 66, 697 ff.
Dietz, R.	Betriebsverfassungsrecht, Kommentar, 4. Aufl., München 1967
Döring, P.	Die Nachprüfung mißbilligender Äußerungen des Dienstvorgesetzten im Disziplinarrechtswege, DVBl. 62, 505 ff.
Döring, P.	Das Gesetz zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts, ZBR 67, 228 f.

Döring, P.	Das Verhältnis des Disziplinarverfahren zum sachgleichen Strafverfahren, DVBl. 63, 171 f.
Dreher, E.	Die erste Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission, ZStrW 66 (1954), 568 ff.
Dreher, E.	Über die gerechte Strafe, Heidelberg 1947
Dreher, E.	Zur Spielraumtheorie als Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofs, JZ 67, 41 ff.
Dürig, G.	Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 51, 117 ff.
Ehrlich, E.	Grundlegung der Soziologie des Rechts, Berlin 1967
Erbs - Kohlhaas	Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, Losebl., München
Erdmann, G.	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, Neuwied 1952
Erler, G.	Freiheit und Grenze der berufständischen Selbstverwaltung, Göttingen 1952
Ermacora, F.	Das besondere Gewaltverhältnis in der österreichischen Rechtsordnung, DÖV 56,529
Everling, F.	Disziplinarrecht und Strafrecht, RVBl. 35, 665 f.
Everling, F.	Disziplinarrecht und Strafrecht, DJ 37, 116 ff.
Everling, F.	Einige Fragen zum Reichsdienststrafrecht, RVBl. 34, 785 ff.
Eyermann-Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl., München 1965
Faust, F.	Der Begriff der Doppelbestrafung im deutschen Recht, ZBR 67, 74 ff.
Fees, K.	Neuordnung des Disziplinarrechts?, ZBR 60, 44 f.
Feldmann-Geisel	Deutsches Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, Stuttgart 1954
Fellner, M.	Der "unbestimmte Rechtsbegriff" aus der Sicht der Verwaltung, DVBl. 66, 161 ff.
Feuerbach, A.	Lehrbuch des peinlichen Rechts, 5.Aufl., Gießen 1812, 12. Ausg. von Mittermaier, Gießen 1836

Finger, H.-J.	Dienstvergehen, Straftat und Ordnungswidrigkeit, ZBR 64, 8 f.
Finger, H.-J.	Gedanken zur Reform des Disziplinarrechts, ZBR 66, 44 f.
Finger, H.-J.	Zum Disziplinarstrafen-Katalog der BDO, ZBR 66, 138 ff.
Finger, H.-J.	Zur Neuordnung des Disziplinarrechts im Bund, DÖV 68, 33 f.
Fischbach, O.G.	Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 3. Aufl., Bd. I, Köln 1964 Bd.II, Köln 1965
Fischbach, O.G.	Der Rechtsbegriff des öffentlichen Dienstes unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften des Gesetzes zu Art. 131 GG, DÖV 55, 701 ff.
Fischbach, O.G.	Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, DVBl. 51, 99 ff.
Fitting - Kraegeloh - Auffarth	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 9. Aufl., Berlin 1970
Forsthoff, E.	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., München - Berlin 1966
Forsthoff, E.	Über Maßnahme-Gesetze, in: Gedenkschrift für Walter Jellinek, München 1955
Frank, R.	Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStrW 18 (1897), 733 ff.
Friesenhahn, E.	Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem GG und den westdeutschen Landesverfassungen, in: Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950
Fürth, A.v.	Die Ministeralien, Cöln am Rhein 1836
Gallas	Niederschrift über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. I, S.217 ff.
Gaul, D.	"Betriebsjustiz" als zulässige Konkurrenz der Rechtspflege?, Betrieb 65, 665 ff.
Gehlen, A.	Urmensch und Spätkultur, 2. Aufl. 1964
Gerber, H.	"Dienstherr" des Beamten, DÖV 51, 472 ff.
Gerber, H.	Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, VVDStRL 7, 2 ff.

Gerber, H.	Grundfragen des akademischen Disziplinarrechts, DVBl. 55, 480 ff.
Gerber, H.	Vom Begriff und Wesen des Beamtentums, AöR 18, 1 ff.
Gierke, O.v.	Handbuch des Genossenschaftswesens, 4 Bde., Halberstadt 1927
Gierke, O.v.	Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Darmstadt 1961
Giese - Schunck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 7. Aufl., Frankfurt 1965
Gerland, H.	Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin und Leipzig 1932
Gerber, H.	Die grundsätzliche Bedeutung der beamtenrechtlichen Regelungen des Bonner Grundgesetzes, DVBl. 51, 489 ff.
Göhler - Buddendiek	Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 1970
Goenner, N.Th.	Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie, Landshut 1808
Goldschmidt, J.	Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre, Festgabe für Richard Koch, Berlin 1903
Goldschmidt, J.	Deliktsobligationen, Berlin 1905
Goldschmidt, J.	Verwaltungsstrafrecht, Neuaufl. Aalen 1969
Guderian	Kriminelles und polizeiliches Unrecht, ZStrW 21, 828 ff.
Grewe, W.	Referat, 39. DJT, D 3 ff.
Gurvitsch, G.	Grundzüge der Soziologie des Rechts, Neuwied 1960
Haertel - Joel - Schmidt	Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz), Heidelberg 1949
Halberstadt, G.	Betriebsjustiz, BlSozArbR 65, 59
Hamann, A.	Zur Frage eines Ausnahme- oder Staatsnotstandsrechts, DVBl. 58, 405 ff.
Hamann - Lenz	Das Grundgesetz für die BRD vom 23. Mai 1949, 3. Aufl., Neuwied 1970

Hammer, W.	Residenzpflicht und Grundrechte, ZBR 53, 216 ff.
Hartung, F.	Studien zur Geschichte der preußischen Verwaltung, I. Teil, aus den Abhandlungen der Preußischen Akademie der Wissenschaf-gen, Jg. 1941, Berlin 1942
Haueisen, F.	Dienststrafrechtliche Fragen, DÖV 51, 207 ff.
Hedemann, J.	Der Arbeitsplatz als Rechtsgut, RdA 53, 121 ff.
Heck, Ph.	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932
Heck, Ph.	Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Tübingen 1932
Heck, Ph.	Gesetzesauslegung und Interessenjuris-prudenz, AcP 112, 1 ff.
Heckel - Seipp	Schulrechtsurkunde, 2. Aufl., Berlin 1960
Hecker, K.	Ueber die Grenzen des Criminal- und Disciplinar-Strafrechts bei Pflichtverletzungen der Civil-Beamten und Militärpersonen, GS 31 (1879), 481 ff.
Hefele-Schmidt	Bayerisches Beamtengesetz, Kommentar, Neuwied 1961
Heffter, A.W.	Lehrbuch des gemeinen Deutschen Criminalrechtes, Halle 1833
Heffter, A.W.	Über Verbrechen und Disziplinarvergehungen der Staats- und Kirchendiener, Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. 13 (1822), 548 ff.
Hegel, G.W.	Grundlinien der Philosophie des Rechts, Leiden 1902
Heinrich, H.	Die gerichtsorganisatorische Neuordnung der Disziplinargerichtsbarkeit auf Bundesebene, DVBl. 68, 73 ff.
Henkel, H.	Einführung in die Rechtsphilosophie, München - Berlin 1964
Henkel, H.	Recht und Individualität, Berlin 1958
Henkel, H.	Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1968
Herbst	Die betrieblichen Ordnungsstrafen, BB 65, 419 ff.

Herschel, W.	Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut, RdA 60, 121 ff.
Heyland, K.	Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen deutschen Staat, Berlin 1949
Hintze, O.	Der Beamtenstand, in: Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden, Bd. 3, Leipzig und Dresden 1911, S. 99 f.
Hippel, R.v.	Deutsches Strafrecht, Bd. I, Allgemeine Grundlagen, Bd. II, Das Verbrechen, Berlin 1925/1930
Hitzlberger	Empfiehlt sich die Schaffung von Disziplinartatbeständen?, BayBZ 57, 135 f.
Hirsch, E.	Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, Berlin 1966
Hirschberg, M.	Die Schutzobjekte der Verbrechen speziell untersucht an den Verbrechen gegen den Einzelnen, Breslau 1910
Hoffmann, H.	Die Verstaatlichung von Berufen, DVBl. 64, 457 ff.
Hofmann, B.	Zur Auslegung des § 14 BDO. Bemerkungen zum Problem der Doppelbestrafung des Beamten nach Strafrecht und Disziplinarrecht und zu § 14 BDO, ZBR 68, 101 f.
Horn, N.	Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, NJW 67, 601 ff.
Huber, E.R.	Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 56, 135 ff. u. DÖV 56, 200 ff.
Huber, E.R.	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bde., 2. Aufl., Tübingen 1953 und 1954
Hubrich, E.	Die Entwicklung der Kriminal- und Disziplinarstrafgewalt gegenüber den preußischen Beamtentum und ihre Bedeutung für das Reichsrecht, GS 75 (1910), 53 ff.
Hueck-Nipperdey	Grundriß des Arbeitsrechts, 5. Aufl., Berlin 1970
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I, Berlin 19663 Bd. II/1, Berlin 1967 Bd. II/2, Berlin 1970
Ihring, R.v.	Der Zweck im Recht, Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1893, Bd. II, 2. Aufl. 1886

Imboden, M.	Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel 1962
Ipsen, H.P.	Gleichheit, in: Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S. 111 ff.
Ipsen, H.P.	Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 56, 602 ff.
Ipsen, H.P.	Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Investitionshilfegesetzes, AöR 78, 308 ff.
Jansen, P.	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Nebengesetzen und bundes- und landesrechtlichen Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften, Kommentar, Berlin 1969
Jellinek, G.	Gesetz und Verordnung, Freiburg i.Br. 1887
Jellinek, W.	Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948
Jerusalem, Fr.W.	Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung, SJZ 50, 2 ff.
Jerusalem, Fr.W.	Die Zersetzung im Rechtsdenken, Stuttgart 1968
Jesch, D.	Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
Jesch, D.	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 57, 163 ff.
Jescheck, H.H.	Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 59, 457 ff.
Jescheck, H.H.	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1969
Jescheck, H.H.	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtsreform, Bd. I, S. 81 ff.
Kalisch, W.	Grundrechte und Berufsbeamtentum nach dem Bonner Grundgesetz, AöR 78, 334 ff.
Kant, I.	Metaphysik der Sitten, hrsg. v. Vorländer, 3. Aufl., Leipzig 1947
Kaser, M.	Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Göttingen 1967
Katz, E.R.	Das Recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz, RdA 56, 169 ff.
Kaufmann, A.	Das Unrechtsbewußtsein der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz 1949

Kaufmann, A.	Recht und Sittlichkeit, Tübingen 1964
Kelkel, R.	Versetzung des Beamten - muß die Familie mit, BayBZ 60, 10 ff.
Kellner, H.	Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 63, 418 ff.
Kelsen, H.	Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960
Kempermann, E.	Grundgedanken eines ständischen Strafrechts, ZStrW 56 (1937), 1 ff.
Kern - Roxin	Strafverfahrensrecht, 9. Aufl., München 1969
Kienapfel, D.	Betriebskriminalität und Betriebsstrafe, JZ 65, 599 ff.
Kleinknecht, Th.	Strafprozeßordnung, Kommentar, 29. Aufl., München 1970
KMR	Kommentar zur Strafprozeßordnung, 6. Aufl., Darmstadt 1966
Koch, J.R.	Betriebliche Ordnungsstrafen, BB 54, 565 ff.
Köhl, G.	Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Zürich 1955
Köhl, G.	Zur Frage des Besonderen Gewaltverhältnisses, ZBR 57, 121 f.
Koellreutter, O.	Deutsches Staatsrecht, Stuttgart 1953
Köttgen, A.	Beamtenrecht, Breslau 1929
Köttgen, A.	Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, Berlin und Leipzig 1928
Köttgen, A.	Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts und die Bedeutung des Beamtentums im Staat der Gegenwart, in: Anschütz-Thoma, Hdb. des Dt. Staatsrechts, Bd. II, Tübingen 1932
Köttgen, A.	Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDStRL 6, 105 ff.
Köttgen, A.	Rezession von Leibholz (Repräsentation), AöR 19 (1930), 290
Klein, G.H.	Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 65, 755 ff.
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch, Kommentar, 43. Aufl., Berlin 1961

Korff, W.	Ehre, Prestige, Gewissen, Köln 1966
Kriele, M.	Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967
Krüger, Herb.	Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1966
Krüger, Herb.	Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15, 109 ff.
Krüger, Herb.	Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 50, 625 ff.
Krüger, Herb.	"Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt", DÖV 58, 673 ff.
Krüger, Herb.	Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, in: Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952
Krüger, Herb.	Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, DÖV 56, 550 ff.
Krüger, Hildeg.	Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, ZBR 56, 309 ff.
Krüger, K.	Verfassungsrechtliche Grundfragen des Rechts der Beamten auf "parteipolitische Meinungsäußerungen", AöR 88, 121 ff.
Krüger, K.	Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, NJW 53, 1369 ff.
Krümpelmann, J.	Die Bagatelldelikte, Berlin 1966
Kugeler, R.	Ist das Disziplinarrecht verfassungswidrig?, ZBR 60, 33 f.
Kuhn, H.	Die Grenzen der Germanischen Gefolgschaft, ZRG, Bd. 73 (1956), 1 ff.
Kunkel, W.	Römische Rechtsgeschichte, Heidelberg 1967
Laband, P.	Staatsrecht, 2. Aufl., Leipzig 1913
Labes, P.	Die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten, in: Hirths Annalen des Deutschen Reiches, 1889, 213 ff.
Lange, R.	Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 56, 73 ff.
Lange, R.	Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 56, 519 ff.
Lange, R.	Nur eine Ordnungswidrigkeit, JZ 57, 233 ff.

Lange, R.	Ordnungswidrigkeiten als Vergehen, GA 1953, 3 ff.
Larenz, K.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1969
Leibholz, G.	Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentationssystems, Berlin 1929
Leibholz, G.	Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, 2. Aufl., München 1959
Leibholz - Rinck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Köln-Marienburg 1968
Leipziger Kommentar	zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 8. Aufl., Berlin 1957
Leisner, W.	Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung, JZ 64, 201 ff.
Leisner, W.	Die schutzwürdigen Rechte im Besonderen Gewaltverhältnis, DVBl. 60, 617 ff.
Leisner, W.	Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verwaltungsrecht, Tübingen 1964
Leukner, Th.	Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", JuS 68, 249 ff.
Lenz, H.	Rundfunkorganisation und öffentliche Meinungsbildungsfreiheit, JZ 63, 338 ff.
Lerche, P.	Artikel "Ermessen" in: Staatslexikon, Recht Wirtschaft Staat, Bd. III, 6.Aufl., Freiburg 1959
Lerche, P.	Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961
Leusser - Gerner - Kruis	Bayerisches Beamtengesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 1970
Lindgen, E.	Bestrafungs- Verfolgungsverbot, Verzicht und Verwirkung im Disziplinarrecht unter Berücksichtigung des Gesetzes zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts vom 20.7.1967 und der Disziplinarrechtsprechung, DÖD 68, 27 ff.

Lindgen, E.	Die disziplinäre Ahndung von Verkehrsdelikten, ZBR 62, 137 ff.
Lindgen, E.	Die Untersuchung - Gedanken zur Reform des Disziplinarrechts, DVBl. 64, 312 ff.
Lindgen, E.	Handbuch des Disziplinarrechts, 2 Bde., Berlin 1966 und 1968, Ergänzungsband 1969
Lindgen, E.	Vorschläge zur Novellierung der BDO - unter besonderer Berücksichtigung der landesrechtlichen Regelungen, DVBl. 63, 10 f.
Lindgen, E.	Was ist am derzeitigen Disziplinarrecht reformbedürftig?, DÖD 66, 81 f.
Lindgen, E.	Zur Frage der Doppelbestrafung, BayBZ 67, 145 f.
Lindgen, E.	Zur Reform des Disziplinarrechts, RiA 63, 289 f.
Liszt, F.v.	Lehrbuch des Strafrechts, 16. Aufl., Berlin 1908, 25. Aufl. Leipzig 1927, besorgt von Eb. Schmidt
Liszt, F.v.	Artikel "Ordnungs- und Disziplinarstrafen" in: v. Holtzendorffs Rechtslexikon, Bd.II, 3. Aufl., Leipzig 1881
Lochbrunner, H.	Der Bundesdisziplinaranwalt und seine Weisungsgebundenheit, ZBR 63, 299 ff.
Lochbrunner, H.	Ist die Bundesdisziplinarordnung noch zeitgemäß? Gedanken zur Reform des Disziplinarrechts, ZBR 63, 282 f.
Lochbrunner, H.	Quo vadis Disziplinarrecht?, DVBl. 65, 308 f.
Loening, E.	Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 21. Aufl., Bd. I, Berlin 1963
Maack, H.	Grundlagen des studentischen Disziplinarrechts, Freiburger Diss. 1956
Malz, H.	Das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis, ZBR 64, 97 f.
Malz, H.	Grundzüge des Disziplinarrechts anderer europäischer Länder sowie einiger zwischenstaatlicher und überstaatlicher Einrichtungen, ZBR 60, 37 ff.

v.Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1957
Mang - Maunz - Mayer - Obermayer	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl., München 1964
Mattes	Untersuchung zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, 1966
Maunz, Th.	Deutsches Staatsrecht, 17. Aufl., München 1969
Maurach, R.	Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 3.Aufl., Karlsruhe 1965, Bes. Teil, 5. Aufl., Karlsruhe 1969
Mayer, H.	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953
Mayer, H.	Zuchtgewalt und Strafrechtspflege, Leipzig 1922
Mayer, R.	Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., 3. Aufl., München 1924
Mayer-Anschütz	Georg Meyers Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. v. Gerhard Anschütz, 7. Aufl., München 1917/1919
Meisterlin, F.	Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Gesichtspunkten entwickelt, Cassel 1838
Menger, C.F.	Das Gesetz als Norm der Maßnahme, VVDStRL 15, 1 ff.
Menger - Erichsen	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 68, 65
Merk, W.	Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, Berlin 1962
Merkel, A.	Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Straßbourg 1899
Merkel, A.	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889
Merkl, A.	Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, VVDStRL 7, 55 ff.
Meves, N.	Die Amtsverbrechen, in: v.Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. III, Berlin 1874
Meyer, G.	Buchbesprechung über Paul Laband, Das Strafrecht des Deutschen Reiches, in: Hirths Annalen des Deutschen Reiches, 1876, 656 ff.

Meyer, G.	Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., Leipzig 1905
Meyer-Cording, U.	Betriebsstrafe und Vereinsstrafe im Rechtsstaat, NJW 66, 225 ff.
Mezger, E.	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtsreform, Bd. I, S. 29 ff.
Mezger - Blei	Strafrecht, Bd. II, 8. Aufl., München 1964
Michels, H.G.	Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, Berlin 1963
Mitteis, H.	Der Staat des Hohen Mittelalters, 3. Aufl., Weimar 1948
Möbus, G.	Erziehung in unserer Zeit, Köln 1958
Molitor, E.	Der Stand der Ministerialen vornehmlich auf Grund sächsischer, thüringischer und niederrheinischer Quellen, Breslau 1912
Molitor, C.P.	Das Beamtendienststrafrecht ist reformbedürfit, BayBZ 56, 169 f.
Molitor, E.	Der Arbeitsplatz, BB, 493 ff.
Mommsen, Th.	Römisches Staatsrecht, 3 Bde., 4. Aufl., Tübingen 1952
Mommsen, Th.	Römisches Strafrecht, Neudruck, Graz 1955
Monjau, H.	Ordnungsstrafen im öffentlichen Dienst, DÖD 66, 86 ff.
Morstein Marx, Fr.	Grundsätzliche Erwägungen über die Zukunft des Berufsbeamtentums, DVBl. 55, 6 ff.
Müller, K.	Die Privatsphäre des Beamten, ZBR 65, 65 ff.
Müller-Dietz, H.	Strafbegriff und Strafrechtspflege, in: Schriften zum Strafrecht, Bd. 8, Berlin 1968
v. Münch, J.	Besonderes Gewaltverhältnis, Arbeitsverhältnis und Beamtentum, ZBR 59, 209 f.
v.Münch, J.	Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis, Berliner Diss. 1957
Neeße, G.	Erneuerung des deutschen Beamtentums, NDBZ 66, 65 ff.
Neumann-Duesberg, H.	Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960
Niese, O.	Das Steuerstrafverfahren, ZStrW 70,289 ff.

Nikisch, A.	Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 1961, Bd. III, 2. Aufl., 1966
Nikisch, A.	Arbeitsverhältnis und Gerichtsschutz, NJW 64, 2387 ff.
Nohl, H.	Die Erziehung, 1926
Noll, P.	Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962
Obermayer, K.	Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, München 1956
Ostler, Fr.	Neues im Bundesdisziplinarrecht, NJW 67, 2033 ff.
Oswald, D.	Der Rechtsschutz des Beamten gegen mißbilligende Äußerungen eines Vorgesetzten, ZBR 61, 165 ff.
Patzig, W.	Das Ordnungswidrigkeitenrecht - Rückblick und Ausblick, DVBl. 67, 309 ff.
Peters, H.	Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße, Bielefeld 1954
Peters, H.	Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949
Peters, H.	Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für H.C. Nipperdey, Bd. 2, München 1965
Peters, H.	Referat über Staats- und Verwaltungswissenschaft, hrsg. von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, AöR 82, 473 ff.
Peters, K.	Strafprozeß, Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1966
Pfeiffer, G.	Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis mit einer Darstellung des Normenkontrollverfahrens, Essen 1959
Pfennig, G.	Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen, Berlin 1960
Plog-Wiedow	Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, Losebl., Neuwied
Polaczy, A.	Die Anwendung des § 193 StGB im Beamtenrecht, Münchener Diss. 1959
Presting	Beamter und Amt, ZBR 57, 345
Preuß, H.	Das städtische Amtsrecht in Preußen, Berlin 1902

Radbruch, G.	Rechtsphilosophie, Stuttgart 1950
Rehbinder, M.	Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortung der Presse, Berlin 1962
Rehm, H.	Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, in: Hirths Annalen, 1884, 565 ff., 1885, 65 ff.
Reimer, G.	Der beamtenrechtliche Standpunkt des hessischen Beamtengesetzes, ZBR 55, 173 ff.
Reuß, H.	Beamtentum und Staatsauffassung, JR 64, 1 f.
Reuß, H.	Der Anwalt als Disziplinarverteidiger, JR 59, 129 ff.
Reuß, H.	Der Beamte und seine Richter, DVBl. 63, 161 ff.
Reuß, H.	Ein Jahrzehnt Bundesdisziplinarhof, DRiZ 63, 76 ff.
Reuß, H.	Grundfragen und Grundzüge des neuen Dienststrafrechts, VerwArch. 42, 369 ff.
Reuß, H.	Vom Standpunkt des Disziplinarrechts im Rechtssystem, ZBR 66, 174 f.
Rheinbaben, P.v.	Die preußischen Disziplinargesetze, Berlin 19/4
Roeder, H.	Schuld und Irrtum im Justiz- und Verwaltungsstrafrecht, Breslau 1938
Rönne, L.v.	Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie, Bd. I, Leipzig 1869
Rotberg, H.E.	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 4. Aufl., Berlin 1969
Roth, P.	Feudalität und Unterthanverband, Weimar 1863
Rotter, H.	Ethische Totalbindung? Überlegungen zur Verfassungsmäßigkeit des studentischen Disziplinarrechts, Bonn 1965
Roxin, C.	Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 66, 377 ff.
Rumpf, H.	Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, 136 ff.
Rupp, H.H.	Anm. zur Entscheidung des BVerfG vom 2.5. 1967, NJW 67, 1651 f.

Rupp, H.H.	Das Grundrecht der Berufsfreiheit, NJW 65, 993 ff.
Rupp, H.H.	Grundlagen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965
Rupp, H.H.	Privateigentum an Staatsfunktionen? Eine kritische Untersuchung am Beispiel der Technischen Überwachungsvereine, Tübingen 1963
Sax, W.	Grundsätze der Strafrechtspflege, Berlin 1959
Sax, W.	Kriminalpolitik und Strafrechtsreform, JZ 57, 1 ff.
Scheler, M.	Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 5. Aufl., Bern und München 1966
Scheerbarth, H.W.	Zur Reform des Disziplinarrechts, ZBR 66, 203 f.
Scheuner, U.	Der Bereich der Regierung, in: Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, Göttingen 1952
Scheuner, U.	Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Recht Staat Wirtschaft, Bd. IV, Düsseldorf 1953
Scheuner, U.	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11, 1 ff.
Scheuner, U.	Pressefreiheit, VVDStRL 22, 1 ff.
Scheuner, U.	Rechtsgrundlagen des Hochschulrechts, DVBl. 55, 137 ff.
Schick, W.	Der Beamte als Grundrechtsträger, ZBR 63, 67 ff.
Schlegtendahl, B.	Tatbestand, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei den Ordnungswidrigkeiten, Freiburger Diss. 1957
Schmidhäuser, E.	Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1958
Schmidhäuser, E.	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tübingen 1970
Schmidt, Eb.	Das Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 49, Sp. 665 f.
Schmidt, Eb.	Die Sache der Justiz, Göttingen 1961

Schmidt, Eb.	Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStrW 69, 359 ff.
Schmidt, Eb.	Lehrkommentar zur StPO und GVG, Göttingen 1957, Teil II
Schmidt, Eb.	Probleme des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 48, Sp. 225 ff.
Schmidt, Eb.	Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung, SJZ 48, Sp. 569 ff.
Schmidt, Eb.	Strafrecht und Disziplinarrecht, Beiträge zum öffentl. Recht 1950, S. 87 f.
Schmidt, Eb.	Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, JZ 51, 101 ff.
Schmidt-Bleibtreu	Kommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied 1970
Schmidt-Leonhardt, H.	Artikel "Insbesondere das Dienststrafrecht", in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, Tübingen 1932
Schmitt, C.	Verfassungslehre, Neudruck, Berlin 1954
Schmitt-Lermann, H.	Wandlung im Berufsbild des Verwaltungsbeamten, ZBR 64, 129
Schmitz, J.	Die Kriminalität in Betrieben der eisenschaffenden Industrie, Bonner Diss. 1959
Schneider, H.	Über Einzelfallgesetze, in: Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, Berlin 1959, S. 159
Schnorr v. Carolsfeld, L.	Arbeitsrecht, Erlangen 1948
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl., München 1970
Scholler, H.	Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969
Scholler, H.	Person und Öffentlichkeit. Zum Spannungsverhältnis von Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz, München 1967
Schopenhauer, A.	Die Welt als Wille und Vorstellung, Bd. I, 1911
Schoreit, A.	Die sogenannten Ordnungswidrigkeiten, GA 67, 225 ff.

Schröder - v. Künßberg	Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., Berlin 1932
Schütz, E.	Bestrafungsverbot - Verjährung, Tilgung (Löschung) - Nichtberücksichtigung von Strafen im Disziplinar-(Dienststraf-)-recht, DÖD 63, 81 ff.
Schütz, E.	Disziplinarrecht des Bundes und der Länder, Kommentar, Bielefeld 1964
Schütze, Th.	Artikel "Amtsverbrechen", in: Holtzendorffs Rechtslexikon, 3. Aufl., Bd. I, Leipzig 1880, S. 97 f.
Schütze, Th.	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1871
Schultz, G.	Blick in die Zeit, MDR 65, 183 f.
Schultz, G.	Blick in die Zeit, MDR 68, 19 f.
Schulze, H.	Das Preußische Staatsrecht. Auf Grundlage des Deutschen Staatsrechts dargestellt, Bd. I, Leipzig 1872
Schulze, H.	Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. I, Leipzig 1881
Schulz-Koffka, H.	Zum Regierungsentwurf einer Niedersächsischen Landesdisziplinarordnung, ZBR 60, 47 ff.
Schunck-De Clerk	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., Siegburg 1967
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl., München 1970
Schweitzer, R.	Durchbricht die disziplinarrechtliche Verfolgungsverjährung das Legalitätsprinzip?, DÖD 68, 85 ff.
Seipp-Kessler	Sammlung der Vorschriften für Schule und Schulverwaltung in Bayern, Losebl., Neuwied
Sellmann, M.	Grundsätzliches zur Disziplinargerichtsbarkeit, DVBl. 57, 227 ff.
Sellmann, M.	Ist das Disziplinarrecht reformbedürftig?, ZBR 58, 124 ff.
Seuermann	Der Beamte in der Demokratie, ZBR 65, 1 f.
Seydel, M.v.	Bayerisches Staatsrecht, Bd. II, 1896
Sieg, K.	Gerichtliche Nachprüfung verhängter Betriebsbußen, RdA 54, 361 ff.

Siber, H.	Die Reichsverfassung in geschichtlicher Entwicklung, Lahr 1952
Siber, H.	Römisches Verfassungsrecht, Lahr 1952
Smend, R.	Verfassung und Verfassungsrecht, München 1928
Spanner, H.	Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 19.7.1962, DÖV 63, 27 ff.
Spanner, H.	Grundrechtsprobleme, VerwArch. 51, 164 ff.
Spanner, H.	Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DÖV 57, 640
Spanner, H.	Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 63, 497 ff.
Spendel, G.	Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, in: Festschrift für Ulrich Stock, Würzburg 1966
Staff	Niederschrift über die Sitzungen der Großen Strafrechtsreform, Bd. I, S. 223 ff.
Stein, L.v.	Die Verwaltungslehre, Bd. I, 2. Aufl., 1869, Neudruck, Aalen 1962
Stein - Jonas - Schönke - Pohle	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. I, 18. Aufl., Tübingen 1953
Steinbach, H.	Für und wider die Verjährung im Disziplinarrecht, ZBR 64, 103 ff.
Stock, U.	Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, Leipzig 1932
Stoecker, D.	Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, MDR 52, 385 ff.
Thiele, W.	Der Beamte als Repräsentant der Staatsidee, DÖD 60, 61 ff.
Thiele, W.	Disziplinarrecht ist kein Spezialstrafrecht für Beamte, DÖD 58, 64 ff.
Thiele, W.	Umgestaltung des Disziplinarrechts, ZBR 58, 368 f.
Thiele, W.	Legalitätsprinzip im Disziplinarrecht?, DÖD 60, 21 ff.
Thiele, W.	Widerspricht das besondere Gewaltverhältnis dem demokratischen Rechtsstaat, DÖD 63, 101
Thiele, W.	Zur Frage der Bindung der Verwaltung an Disziplinargerichtsentscheidungen, DÖD 56, 85 ff.

Thieme, W.	Der Aufgabenbereich der Angestellten im öffentlichen Dienst, hrsg. von der Dt. Angestelltengewerkschaft, 1962
Thieme, W.	Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG, Göttingen 1961
Thieme, W.	Der Beamte im sozialen Rechtsstaat, ZBR 60, 169 ff.
Thieme, W.	Deutsches Hochschulrecht, Köln 1956
Thieme, W.	Die besonderen Gewaltverhältnisse, DÖV 56, 221 ff.
Thieme, W.	Empfiehlt sich,das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen?, 48. DJT, D 1 ff.
Thieme, W.	Vom Wesen des Disziplinarrechts, DVBl. 57, 769 f.
Thoma, R.	Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff. Aus: Erinnerungsgabe für Max Weber: Die Hauptprobleme der Soziologie, München 1923
Thoma, R.	Der Polizeibefehl im badischen Recht, Tübingen 1906
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung, Kommentar, 4. Aufl., München 1970
Ule, H.	Beamtenrecht im Wandel deutscher Staatlichkeit, DVBl. 63, 1 f.
Ule, H.	Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15, 133 ff.
Ule, C.H.	Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in den Europäischen Gemeinschaften, Köln - Berlin 1970
Ule, C.H.	Die Entwicklung des Beamtenrechts durch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, in: Festschrift Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, Karlsruhe 1963
Ule, C.H.	Öffentlicher Dienst, in: Bettermann / Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV/2, Berlin 1962, S. 537 ff.
Uttlinger	Bundesangestelltentarivertrag (BAT), Losebl., 4. Aufl., München 1966
Viehweg, T.	Topik und Jurisprudenz, 3. Aufl., München 1965

Wachinger	Verbrechen sind Vergehen im Amte, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. IX, Berlin 1906
Wacke, G.	Beamtenrecht und öffentliches Dienstrecht, Hamburg 1941
Wacke, G.	Das Gesamt-Personalrecht des öffentlichen Dienstes, DÖV 58, 278 ff.
Wacke, G.	Empfiehlt sich ein Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Öffentlichen Dienstes?, ZStW 100 (1940), 170 ff.
Wacke, G.	Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, Tübingen 1957
Waitz, G.	Deutsche Verfassungsgeschichte, Darmstadt 1953 - 55
Weber, M.	Deutschlands künftige Staatsform, in: Gesammelte Politische Schriften, Tübingen 1958
Weber, M.	Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Tübingen 1951
Weber, M.	Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland, in: Gesammelte Politische Schriften, Tübingen 1958
Weber v., H.	Zur Reform des akademischen Disziplinarrechts, DVBl. 58, 297 ff.
Weiss-Kranz	Bayerisches Beamtengesetz, Kommentar, Losebl., München
Welzel, H.	Anmerkung zum Beschluß des BGH v. Strafs. v. 25.9.1956, JZ 57, 130 ff.
Welzel, H.	Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969
Welzel, H.	Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 56, 238 ff.
Wenzel, A.	Das Dienststrafrecht in Bayern, Kommentar, Losebl., München
Wenzel, A.	Reform des Disziplinarrechts in Bayern, BayBZ 69, 65 ff.
Wenzel, A.	Reform des Disziplinarrechts in Bayern, Die Neue Polizei 69, 141 ff.
Wenzel, A.	Wesen und Zweck des Disziplinarrechts, BayBZ 54, 145 f.

Werner, Fr.	Organisationsrechtliche Fragen der Bundesgerichtsbarkeit, in: Festschrift Hundertfünfzig Jahre Carl Heymanns Verlag, Köln 1965, S. 90 ff.
Wertenbruch, W.	Das Grundgesetz und die Ausbildung hoheitsrechtlicher Befugnisse, Justizverwaltungsblatt 62, 73 ff.
Wieacker, F.	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967
Wiese, W.	Der Verfassungssatz "ne bis in idem" - Art. 103 Abs. III GG und das Verhältnis von Kriminal- und Dienststrafrecht, VerwArch. 65, 203 f.
Wiesen	Das neue Disziplinarrecht für Beamte und Richter im Lande Nordrhein-Westfalen, Justizverwaltungsblatt 70, 49 ff. u. 73 ff.
Wilhelm, B.	Außerdienstliche Verfehlungen als Dienstvergehen, ZBR 64, 327 f.
Wilhelm, B.	Verfassungswidrige Tendenzen im Recht des öffentlichen Dienstes, ZBR 66, 357 f.
Wilhelm, B.	Das Dienststrafrecht als Teil des Verwaltungsrechts, BayVBl. 62, 166 ff.
Wilhelm, B.	Zur Übersendung von Ehescheidungsakten, ZBR 64, 209 ff.
Wittland, H.	Die Änderung des preußischen Dienststrafrechts, DJZ 34, 1191 ff.
Wittland, H.	Reichsdienststrafordnung, Kommentar, Berlin 1937
Wodtke, A.	Gesetz zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts, Berlin 1968
Wolf, E.	in: Festgabe für Reinhard v. Frank, Bd. II, Tübingen 1930, S. 516 ff.
Wolff, H.J.	Organschaft und Juristische Person, Berlin 1934
Wolff, H.J.	Verwaltungsrecht, Bd. I, 7. Aufl., München 1968, Bd. II, 3. Aufl., 1970
Wühner, K.	Die schwedischen Landschaftsrechte und Tacitus Germania, ZRG, Bd. 76 (1959), 1 ff.
Zeidler, K.	Bundesverfassungsgericht und "Maßnahmegesetz", JZ 60, 391 ff.
Zippelius, R.	Problemjurisprudenz und Topik, NJW 67, 2229 ff.
Zorn, Ph.	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches,

Lebenslauf

Geboren wurde ich am 15. Juni 1942 in Mittel-Gründau (Oberhessen) als zweites Kind des Berufssoldaten Heinrich Behnke und seiner Ehefrau Anna, geb. Neiter.

Nach dem Tode meines Vaters im Jahre 1945 in amerikanischer Kriegsgefangenschaft zogen wir nach Luschendorf (Holstein) zu meinen Großeltern väterlicherseits, wo ich aufwuchs.

Nach dem Besuch der Grundschule in Luschendorf wechselte ich zur Oberschule zum Dom in Lübeck, einem mathematisch-naturwissenschaftlichen und neusprachlichen Gymnasium, dessen naturwissenschaftlichen Zweig ich im Februar 1963 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Das Studium der Rechtswissenschaft nahm ich im Sommersemester 1963 an der Freien Universität Berlin auf und wechselte im Sommersemester 1964 zur Universität Lausanne.

Mein Studium beendete ich nach weiteren fünf Semestern an der Ludwig-Maximilians-Universität München im August 1967 mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung beim Justizprüfungsamt München.

Die vorliegende Dissertation fertigte ich während meiner verlängerten Referendarzeit, die ich im Oberlandesgerichtsbezirk München ableistete und im August 1971 mit der Zweiten Juristischen Staatsprüfung abschloß.

Ich bin seit August 1967 mit der Tochter Inge des Studiendirektors Hans Jaeger und dessen Ehefrau Inge verheiratet.

Herbert Behnke